

Die Betriebsrisikolehre
Ihre Entwicklung und ihre Anwendung im
allgemeinen und bei Arbeitskämpfen

Dissertation

vorgelegt dem

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
(Dr.jur.)

von

Wolfgang Nitsche

aus Wartenberg/Obb.

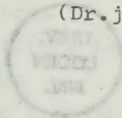
1976

Die Betriebsrisikolehre
Ihre Entwicklung und ihre Anwendung im
allgemeinen und bei Arbeitskämpfen

Dissertation

vorgelegt dem

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
(Dr. jur.)



von

Wolfgang Nitsche

aus Wartenberg/Obb.



Erstberichterstatter: Professor Dr. Alfons Kraft
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Wilhelm Scheuerle
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1976

Inhaltsverzeichnis

<u>Einleitung:</u> Die möglichen Fallkonstellationen	1
<u>Erster Teil:</u> Die Entwicklung der Betriebsrisikolehre	4
A Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur bis 1945	4
I Die Lehre von der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	4
1 Die strenge Unmöglichkeitstheorie	4
2 Die Lehre von der analogen Anwendung des § 616 BGB	6
3 Die Ansicht Sigels	6
4 Die geläuterte Sphärentheorie	7
II Die Annahmeverzugslehre	8
1 Die strenge Annahmeverzugslehre	12
2 Die Ansicht Titzes	13
3 Die Lehre von der Unzumutbarkeit	14
4 Die Lehre vom arglistigen Angebot	15
5 Die Lehre von der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis	17
6 Die Lehre von der Neutralität des Staates	19
7 Die Lehre vom kollektiven Angebot	21
III Die Lehre von der Vertragsauslegung	22
IV Die Lehre von der Substratbeschaffungspflicht	23
V Die Ansicht Nikischs	24
VI Die personenrechtliche Lehre	26
VII Die Ansicht Huecks	28
VIII Die Lehre von der Betriebsgemeinschaft	30
1 Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	30
2 Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	32
3 Die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte	35
IX Die Behandlung der Betriebsrisikofrage unter der Geltung des AOG	38
B Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur seit 1945	39
I Die Unmöglichkeitstheorie	40
II Die Annahmeverzugslehre	40
1 Die Lehre vom kollektiven Angebot	41
2 Die Lehre vom arglistigen Angebot	42
3 Die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit	43
4 Die Ansicht Fikentschers	43
5 Die Ansicht Spaeths	44

III Die Ansicht Nikischs	45
IV Die Betriebsrisikolehre	47
1 Die grundsätzliche Zuweisung des Betriebsrisikos	48
a Allgemeine Grundgedanken des Arbeitsrechts und der Wirtschaftsverfassung	49
b Sphärengedanke	50
c Arbeitsrechtliches Schutzprinzip	51
d Gewohnheitsrecht	52
2 Betriebsstörungen, die auf einem gewerkschaftlichen Streik beruhen	52
a Lohnverlust bei jeder streikbedingten Betriebsstörung	52
b Lohnverlust nur im Ausstrahlungsgebiet des Streiks	56
c Lohnverlust nur der organisierten Arbeitnehmer	57
c Kein Lohnverlust von Angestellten bei einem Streik der Arbeiter	58
e Lohnverlust nur bei Teilstreik	58
f Kein Lohnverlust (Aussperrungsobliegenheit)	59
3 Betriebsstörungen, die auf einem wilden Streik beruhen	60
4 Betriebsstörungen durch eine Aussperrung	62
5 Wirtschaftsrisikofälle	64
V Das Risikoverteilungsprinzip	66
<u>Zweiter Teil: Betriebsrisikolehre und Lohnanspruch im allgemeinen</u>	69
A § 611 BGB als Anspruchsgrundlage	69
B § 615 BGB als Anspruchsgrundlage	70
I Die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit	70
II Spezieller Annahmeverzugsbegriff im Dienstvertragsrecht	75
III Die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung	77
C Die §§ 323 f BGB als Anspruchsgrundlage	82
I § 323 Abs.1 Hs.2 BGB	82
II § 324 Abs.1 BGB	83
III § 324 Abs.2 BGB	87
D Gewohnheitsrechtliche Regelung der Betriebsrisikofrage	88
E Die Feststellung der Gesetzeslücke	92
I Bisherige Versuche	93
II Die Regelung der §§ 645, 552 BGB	95
III Eigene Ansicht	100

III

F Die Ausfüllung der Gesetzeslücke	101
I Bisherige Versuche	101
II Die Analogie zu §§ 552, 645 BGB	102
III Der Begriff "Sphäre"	103
IV Ausnahmen von der Lohnzahlungspflicht	107
 <u>Dritter Teil: Betriebsrisikolehre und Lohnanspruch bei Arbeitskämpfen</u>	 112
A Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei rechtmäßigen Streiks	112
I Anwendung der allgemeinen Betriebsrisikogrundsätze	112
1 Vertretenmüssen des Arbeitgebers, § 324 BGB	112
2 Zuordnung zur Arbeitnehmersphäre	115
a Störung des Leistungsanteils des Arbeitnehmers	115
b Verursachung durch den Arbeitnehmer selbst	116
II Zurechnung des Streikgeschehens	116
1 Beherrschbarkeit des Störungsgrundes Streik	117
2 Breitenwirkung des Streikergebnisses	119
3 Solidarität der Arbeitnehmerschaft	124
a Wortgebrauch	125
b Rechtliche Auswirkungen	127
aa Solidarität als Rechtsprinzip	127
bb Andere rechtliche Folgerungen aus tatsächlicher Solidarität	129
cc Solidarität als Folge einer gesetzlich angeordneten Haftung	131
4 Repräsentation der Arbeitnehmer durch die streikführende Gewerkschaft	136
a Begriff der Repräsentation	135
b Folgerungen aus den einzelnen Gewerkschaftsbefugnissen	140
aa Mitwirkungsrechte	140
bb Tarifvertragsrecht	141
cc Arbeitskampfrecht	142
c Die Reichweite des Lohnverlusts	145
d Verhältnis zur negativen Koalitionsfreiheit	149
III Der Gesichtspunkt der Kampfparität	152
1 Verwendung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen	152
2 Rechtsgrundlage und Auswirkungen auf den Lohnanspruch	153
a Art.9 Abs.3 GG	153
b Art.3 GG	158
c Der Grundsatz der staatlichen Neutralität	158

IV Das Risikoverteilungsprinzip	159
V Betriebsrisikolehre und § 116 AFG	163
B Lohnansprüche Arbeitswilliger bei rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streiks	167
C Lohnansprüche Arbeitswilliger bei wilden Streiks	171
D Lohnansprüche bei aussperrungsbedingten Betriebsstörungen	174
E Die Felle des Wirtschaftsrisikos	177
<u>Zusammenfassung</u>	181

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGeb	Der Arbeitgeber (Zeitschrift)
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei
ArchBürgR	Archiv für das Bürgerliche Recht (Zeitschr.)
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Bensheimer)
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeits- losenversicherung
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundesangestelltentarif
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BlfStSozVersuArbR	Blätter für Steuer- Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
DRIZ	Deutsche Richterzeitschrift (Zeitschrift)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Entsch.	Entscheidung
f (ff)	folgende Seite(n)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Zeitschrift)
Hg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
JhJ	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschr.)

Nr.	Nummer
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschr.)
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzb.
R	Rückseite
RABl	Reichsarbeitsblatt (Zeitschrift)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVA	Reichsversicherungsamt
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

- Abel, Max: Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung?
JW 1922, 554
- Adler: Annahmeverzug oder Betriebsgefahr, Arbeitsrecht 1922,
Sp. 353/354
- Alber, Jörg: Die Kampfmittelparität der Sozialpartner, Diss.
Köln 1971
- Aulike, Harald-Henning: Lohnzahlung bei Teilstreik, Diss.
Erlangen 1933
- Badura, Peter: Art.38 GG, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(Bonner Kommentar), Zweitebearbeitung, Hamburg 1966
- Ballerstedt, Kurt: Arbeitskampf und Lohnrisiko, AuR 1966, 225
- Beuthien, Volker: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuld-
verhältnis, Tübingen 1969
Das Nachleisten versäumter Arbeit - Zum Fixschuldcharakter
der Arbeitspflicht, RdA 1972, 20
Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder Arbeitsunlust?
ZfA 1972, 73
- Beuthien, Volker - Häuser, Franz: Der geschädigte Arbeitgeber,
JuS 1971, 478
- Bienckopf, Kurt H.: Die Betriebsrisikolehre als Beispiel
richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1970
- Boehmer, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung,
II. Buch, 2. Abteilung, Praxis der richterlichen Rechts-
schöpfung, Tübingen 1952
- Boer, Friedrich: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug,
Gruchot 54 (1910) 493
- Bötticher, Eduard: Waffengleichheit und Gleichbehandlung im
kollektiven Arbeitsrecht, Karlsruhe 1956
- Boldt, Gerhard: Streik und Aussperrung nach deutschem Recht,
in: Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd. V, Streik
und Aussperrung, Luxemburg 1961, S.79
- Brox, Hans: Allgemeines Schuldrecht, 3.Aufl., München 1972
- Brox, Hans - Rütters, Bernd: Arbeitskampfrecht, Ein Handbuch
für die Praxis, Stuttgart 1965
- Buchner, Herbert: Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit,
Zur verfassungsrechtlichen Problematik der §§ 3 Abs.2, 3
Abs.3, 5 und 9 Abs.1 TVG, Diss. München 1964

- Buchwald, Fr.: Lohnanspruch bei Betriebsstockung, Arbeitsrecht 1922, Sp. 361
Lohnanspruch bei Streik, Arbeitsrecht 1922, Sp. 257
- Bürger, Karlheinz: Betriebsrisiko und Streik, ArbGeb 1957, 473
- Bulla, Gustav Adolf: Sympathie-Maßnahmen im Arbeitskampf, in: Festschrift für Erich Molitor, Berlin-München 1962, S.292
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Claren, Wolfgang: Die Frage des sogenannten Betriebsrisikos, insbesondere ihre Behandlung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts, Diss. Bonn 1930
- Cordes, Cord: Solidaritätsprinzip, in: Evangelisches Staatslexikon, Hg. Kunst-Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966, Sp. 1973
- Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen-Leipzig 1902
- Lanz, Fritz-Jürgen: Die Verteilung des Lohnrisikos in kampf-betroffenen Drittbetrieben, Diss. Köln 1972
- Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Zweiter Band, Die Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, Einzelne Obligationen, Halle 1906
- Dersch, Hermann - Flatow, Georg - Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, I.Band (1919 - 1926), Mannheim-Berlin-Leipzig 1926
- Dietz, Rolf: Grundfragen des Streikrechts, JuS 1968, 1
- Dietz, Rolf - Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, 5.Aufl., München 1973
- Dohrenberg, Gerhard: Die Rechtsprechung zum Betriebsrisiko und ihre Bedeutung vom Standpunkt der Betriebswirtschaftslehre, Diss. Köln 1949
- Dracger, Kurt - Buchwitz, Heinz - Schönefelder, Erwin: Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Stuttgart 1961
- Drewes, Günter: Die Gewerkschaften in der Verwaltungsordnung, Heidelberg 1958

- Durand, Paul: Streik und Aussperrung nach französischem Recht, in: Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd. V, Streik und Aussperrung, Luxemburg 1961, S.189
- Egger, A. - Escher, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 2.Teil, 2.Aufl., Zürich 1936
- Ehmann, Horst: Das Lohnrisiko der an einem rechtmäßigen Arbeitskampf nicht beteiligten Arbeitnehmer, DB 1973, 1946, 1994
- Einhorn: Betriebsrisiko und marxistische Werttheorie, Die Arbeit 1948, 85
- Eisenstein, Rolf: Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung, Köln 1963
- Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II/2, 8./9.Aufl., Berlin 1908
- Enneccerus, Ludwig: Recht der Schuldverhältnisse, 6.Aufl., Marburg 1914
- Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen 1959
- Erdmann, Karl: Von der Wandlung zum sozialen Recht, Heidelberg 1932
- Erman, Walter: Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt für die Verteilung der Preisgefahr beim Werkvertrag, JZ 1965, 657
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., Münster 1972
- Esser, Josef: Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, 489
Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Karlsruhe 1968
Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970
Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1971
- Evers, Hans-Ulrich: Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg 1969
- Fabricius, Fritz: Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Eine Grundlagenstudie, Tübingen 1970
- Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 4.Aufl., Berlin-New York 1973
- Fischer, Helmut: Das Problem der Arbeitnehmersolidarität im Arbeitsrecht, Diss. Hamburg 1963

Fitting, Karl - Auffarth, Fritz - Kaiser, Heinz: Betriebsverfassungsgesetz, 11.Aufl., München 1974

Gaber, Rolf: Die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die Verteilung des Betriebsrisikos im Arbeitskampf, Diss. Köln 1962

Galperin, Hans: Die Verteilung der Betriebsgefahr, DRZ 1948, 193

Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr, RdA 1949, 8
Begriff und Legitimität der Aussperrung, BB 1965, 93
Sozialadäquanz und Arbeitskammerordnung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70.Geburtstag, Bd. II, München-Berlin 1965, S.197

Gamillscheg, Franz: Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966

Prüfe Dein Wissen - Arbeitsrecht, 3.Aufl., München 1973
Solidarität als Rechtsbegriff, in: Festschrift für Erich Fechner, Tübingen 1973, S.135

Geib, Heinz-Jürgen: Begriff, Formen und Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs und der Formen der Solidarität und unter Einschluss des Begriffs und der Zulässigkeit des Hilfsarbeitskampfes, Diss. Frankfurt 1970

Gelder, Alfons van - Leinemann, Wolfgang: Die Streikbeteiligung des organisierten und des nichtorganisierten Arbeitnehmers, AuR 1970, 1

Die Aussperrung organisierter und nichtorganisierter Arbeitnehmer, BlfStSozVersuArbR 1970, 253

Gester, Heinz: Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat, ohne Ort 1959

Gift, Emil: Fragen der Abwehraussperrung, RdA 1960, 166

Glum, Friedrich: Begriff und Wesen der Repräsentation, in: Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung, Hq. Rausch, Darmstadt 1968, S.105 ff

Gross: Die Lösung des Betriebsrisikoproblems in arbeitsrechtlicher Sicht, in: Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Bd. IV, S.114

Haase, Wilhelm: Abgrenzung der gemeinsamen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der Arbeitsleistung vom Streik, DB 1968, 708, 757

Hanau, Peter - Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 3.Aufl., Frankfurt 1974

- Harmsen: Lohnzahlung bei Betriebsstockungen, Diss. Berlin 1925
- Hartje, Jürgen: Der Sympathiearbeitskampf, Begriff und Zulässigkeit, Diss. Freiburg 1971
- Haupt, Volkmar: Begriff, Erscheinungsformen, Rechtsnatur und Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, Diss. Köln 1966
- Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hennig, Werner - Kühl, Horst - Heuer, Ernst: Arbeitsförderungsgesetz, Frankfurt 1973
- Hessel, Philipp: Das kollektive Element im Einzelarbeitsverhältnis, DB 1958, 337
- Hirsch, Joachim: Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, Stuttgart 1966
- Hoeniger, Georg: Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrag, JW 1922, 1703
- Hoeniger, Heinrich: Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 1953, 204
- Hohenester, Hermann: Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche, Diss. München 1956
- Hollstein, Jürgen: Der wilde Streik und die kollektive Ausübung eines Arbeitsverweigerungsrechts, Diss. Göttingen 1969
- Horion, Paul: Streik und Aussperrung nach belgischem Recht, in: Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd. V, Streik und Aussperrung, Luxemburg 1961, S.145
- Hueck, Alfred: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1938
Probleme des Streikrechts, RdA 1956, 201
Die Frage der tarifrechtlichen Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschen Recht, RdA 1961, 141
- Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1931
Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt 1963 (Bd.I), 1967 (Bd.II/1), 1970 (Bd.II/2)
Grundriß des Arbeitsrechts, 3.Aufl., Berlin-Frankfurt 1965
- Isele, Hellmut Georg: Grundfragen der Aussperrung, JuS 1964, 41
- Jaerisch: Zum Problem des Betriebsrisikos, JR 1958, 287
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., Berlin 1922
- Jorns, Dieter: Das Betriebsrisiko, Heidelberg 1957
- Jülicher, Friedrich: Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, DB 1973, 720, 770

- Kaiser, Joseph H.: Repräsentation, in: Staatslexikon, Hg. Görresgesellschaft, Bd. VI, 6.Aufl., Freiburg 1961, Sp. 865
Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973
- Karger, v.: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? DJZ 1920, Sp. 710
- Kaser, Max: Römisches Privatrecht, 7.Aufl., München 1972
- Kaskel, Walter: Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, NZfA 1922, Sp. 1
Arbeitsrecht, 2.Aufl., Berlin 1925
- Kaskel, Walter - Dersch, Hermann: Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- Kauffmann, Hermann: Das Betriebsrisiko nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1957, 845
Zum Anspruch auf einen Solidaritätsbeitrag gegen Außen-seiter, AuR 1961, 267
Die Solidarität und ihre Wirkung auf das Arbeitsverhältnis im Lichte der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1966, 33
- Klingmüller, Ernst: Zum urheberrechtlichen Schutz neuer Versicherungsformen, in: Festschrift für Hans Carl Nipper-dey zum 70.Geburtstag, Bd. I, München-Berlin 1965, S.471
- Köhler, Erhard: Begrenzung der Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstörungen, NZfA 1922, 473
- Köhler, Helmut: Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971
- König: Das Problem des Betriebsrisikos, RdA 1948, 54
- Koffka: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? DJZ 1920, Sp. 644
- Kohler, J.: Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III Der Gläubigerverzug, ArchBürgR 13 (1897), 149
- Kraft, Alfons: Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmaßnahmen, RdA 1968, 286
Das sogenannte einheitliche Geschehen des Streiks und seine Rechtswidrigkeit, RdA 1968, 434
- Krasnitzky, Norbert J.: Die Lehre vom Betriebsrisiko, Eine ökonomisch orientierte Kritik juristisch-ökonomischer Argumente, Diss. Frankfurt 1971

- Kreller, Hans: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, *JcP* 125 (1926), 1
- Krückmann, Paul: Unmöglichkeit der Leistung und Leistungsverzug, *LZ* 1926, Sp. 9
- Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966
- Krüger, Rudolf: Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, Diss. Göttingen 1933
- Küchenhoff, Günther: Leistungsstörungen im Arbeitsrecht, *AuR* 1965, 129
- Kunze, Otto: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie aus der Sicht der Gewerkschaften, in: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Hg. Duvernell, Berlin 1968, S.101
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975
Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., München 1970
- Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems, Berlin-Leipzig 1929
Repräsentation, in: Wörterbuch der Soziologie, Hg. Berndorf, 2.Aufl., Stuttgart 1969, S.893
- Lerche, Peter: Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968
- Loesch, Max: Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen, Diss. Erlangen 1930
- Löwisch, Manfred: Leistungsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, *DB* 1962, 761
Probleme der Zulässigkeit von Sympathiestreik und Sympathieaussperrung, *RdA* 1962, 314
Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, *DB* 1963, 899
Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, *RdA* 1967, 45
Arbeitslosigkeit und Arbeitskampf, *RdA* 1973, 22
Arbeitskampf und Vertragserfüllung, *AcP* 174 (1974), 202
- Löwisch, Manfred - Kartje, Jürgen: Der wilde Streik nach dem Recht der Bundesrepublik, *RdA* 1970, 321
- Löwisch, Manfred - Krauss, Ernst-Friedrich: Die Neutralitätsverpflichtung der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, *RdA* 1972, 73
Aussperrung, in: *AR-Blatt* 1, Arbeitskampf III
- Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1904/1908

- Martens, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Hom-
burg v.d.H.-Berlin-Zürich 1969
- Mayer, Udo: Die kalte Aussperrung, Zur Ideologie der Be-
triebsrisikolehre, Demokratie und Recht 1975, 15
- Mayer-Maly, Theo: Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeits-
kampf, Referat, gehalten vor dem Arbeitskreis I der
Geschäftsführerkonferenz 1965 der Bundesvereinigung
der Deutschen Arbeitgeberverbände (als Fotokopie freund-
licherweise von der Bundesvereinigung überlassen)
- Mayer-Maly, Theo - Nipperdey, Hans Carl: Risikoverteilung
in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen
Betrieben, Tübingen 1965
- Molitor, Erich: Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg 1929
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin-Leipzig 1888
- Mühlen, Alexander: Die Schädigung von Drittbetrieben im
Arbeitskampf, Vergleichende Darstellung der Rechtslage
in Deutschland und Frankreich, Diss. Köln 1967
- Müller, Gerhard: Gedanken zum Koalitionsrecht, DB 1957, 718
Die dem Arbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her inne-
wohnende Beeinflussung, DB 1958, 712, 740
Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution - Gedanken zum
Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland,
AuR 1972, 1
- Müller, Heinz-Eberhard: Die Betriebsverbundenheit, Methodische
und dogmatische Betrachtungen zur Rechtsprechung des Reichs-
gerichts und des Reichsarbeitsgerichts über das Betriebs-
risiko, Diss. Frankfurt 1930
- von Münch, Ingo: Art.9 GG, in: Kommentar zum Bonner Grund-
gesetz (Bonner Kommentar), Zweitebearbeitung, Hamburg 1966
- Muhr, Gerd: Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialauftrags
und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit; zu § 116 AFG,
RdA 1973, 9
- Natzel: Streik und Betriebsrisiko, DB 1958, 572
- Neumann, Franz: Betriebsrisiko, Arbeitsrechtspraxis 1928, 219
- Neumann-Duesberg, Horst: Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
Der Lohn- und Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers bei der
vom Arbeitgeber verschuldeten Arbeitsunfähigkeit (§ 324
Abs.1 BGB), DB 1969, 261, 305
"Vertretenmüssen" des Gläubigers (Arbeitgebers) bei Be-
triebsrisiko und bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung,
BB 1969, 1449
Abgrenzung zwischen Betriebsrisiko, Unmöglichkeit und
Annahmeverzug - BAG DB 1969, 446, JuS 1970, 68

- Nikisch, Arthur: Der Anstellungsvertrag, JhJ 80 (1930), 1
 Die Betriebsrisikofrage im neuen Arbeitsrecht, SJZ 1948, 14
 Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung,
 RdA 1967, 241
 Arbeitsrecht, 1.Aufl., Tübingen 1951
 Arbeitsrecht, 2.Aufl., Tübingen 1955 (Bd.I), 1959 (Bd.II),
 1966 (Bd.III)
 Arbeitsrecht, 3.Aufl., Tübingen 1961 (Bd.I)
- Nipperdey, Hans Carl: Rechtsprobleme der Aussperrung und
 des Streiks, DB 1963, 1613
 Zur Frage des Boykotts der "billigen Flaggen", in: Staat
 und Gesellschaft, Festgabe für Günther Küchenhoff,
 Göttingen 1967, S.133
- Nörpel, Clemens: Neue Wege der Rechtsprechung, Arbeitsrecht
 1926, Sp. 97
- Oertmann, Paul: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug,
 AcP 116 (1918), 1
 Die Verantwortung für den eigenen Rechtskreis, Recht 1922,
 Sp. 5
 Lohnanspruch der Arbeitswilligen? NZfA 1922, 461
 Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923
 Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, LZ 1927, Sp.1178
- Oppenheimer, Paul: Die Lehre von der Belegschaftsgemeinschaft
 und das Teilstreikproblem, Diss. Frankfurt 1927
- Osswald, Richard: Der Streik und die ihm durch das Strafrecht
 gezogenen Grenzen, Köln 1954
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 30.Aufl., München 1971
 Bürgerliches Gesetzbuch, 32.Aufl., München 1973
 Bürgerliches Gesetzbuch, 34.Aufl., München 1975
- Palme, Antonie: Die Verteilung des Betriebsrisikos in der
 Rechtsprechung, BlStSozVersuArbR 1974, 118
- Pfarr, Heide M. - Kittner, Michael: Solidarität im Arbeitsrecht,
 RdA 1974, 284
- Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,
 Hg. E. Strohal, 4.Aufl., II. Bd., Berlin-Leipzig 1914 (1.Hälfte), 1928 (2.Hälfte)
- Potthoff, Heinz: Das Tragen der Gefahr im Arbeitsrecht,
 JW 1922, 551
 Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik, Arbeitsrecht
 1923, Sp. 673/674
- Prölss, Jürgen - Martin, Anton: Versicherungsvertragsgesetz,
 18.Aufl., München 1970
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs
 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrag des Reichs-Justiz-
 amts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. II,
 Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898

- Radke, Olaf: Arbeitskampf und Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit, RdA 1973, 14
- Ramm, Thilo: Der Koalitionsbegriff, RdA 1968, 412
Arbeitgeber und Arbeitskampf, in: Gesellschaft, Recht und Politik, Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, Neuwied-Berlin 1968, S.275
- Richardi, Reinhard: Aussperrung und Arbeitsverhältnis, RdA 1970, 65
Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1972
Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, 3
Neutralität der staatlichen Arbeitslosenversicherung im Arbeitskampf, NJW 1975, 377
- Richter, Lutz: Grundsätzliches zum Betriebsrisiko, Arbeitsrechtspraxis 1930, 214
- Robel, Werner: Lohnzahlung bei Betriebsstockungen, Diss. Göttingen 1931
- Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905
- Rümelin, Max: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929
- Rüthers, Bernd: Streik und Verfassung, Köln 1960
Zur Rechtmäßigkeit von Sympathiearbeitskämpfen, BB 1964, 312
Die Spannungen zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AcR 1967, 129
Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht, JurA 1970, 86
Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf, ZfA 1972, 403
- Runggaldier, Ulrich: Die streikbedingte Betriebsstörung nach italienischem Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, RdA 1975, 238
- Säcker, Franz-Jürgen: Arbeitskampf und Arbeitsplatzrisiko, DB 1969, 1890, 1940
Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1974
- Schaub, Günter: Die Rechte des Arbeitgebers bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers, DB 1966, 1187
- Schmidt, Otto: Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechts, Diss. Frankfurt 1958
Kritische Gedanken zu Kollektivwirkung, Individualbereich und personenrechtlichem Gemeinschaftsdenken im Arbeitsrecht, AcP 162 (1963), 305
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre, Berlin 1928
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2.Aufl., Göttingen 1954

- Schönefelder, Erwin - Kranz, Günther - Wanka, Richard:
Arbeitsförderungsgesetz, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1972
- Scholz, Rupert: Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 1972, 1771
- Schroeder, Henning: Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsrecht, Diss. Münster 1971
- Schwerd, Heinz: Kann das Betriebsrisikoproblem vom Gesetzgeber befriedigend gelöst werden? Diss. Erlangen 1951
- Siber, Heinrich: Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Schuldrecht, Leipzig 1931
- Siebert, Wolfgang: Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, RdA 1959, 167
- Siebrecht, Fritz: Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl., Köln 1964
- Sigel, Walther: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1903
- Simson, Gerhard: Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Saalfeld 1925
Die Bedeutung des Solidaritätsgedanken für das Arbeitsrecht, Arbeitsrecht 1925 Sp. 417/418
- Sinzheimer, Hugo: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Aufl., Jena 1927
- Söllner, Alfred: Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 167 (1967), 132
Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, ZfA 1973, 1
Arbeitsrecht, 4.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974
Der Zusammenhang von Arbeitsleistung und Arbeitszeit, AuR 1967, 353
- Soergel, H.-Th. - Siebert, Walther: Bürgerliches Gesetzbuch, 10.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967 ff
- Spaeth, Wolfgang Hans Karl: Die normative Sphärentheorie, Ein Beitrag zu der Lehre von der Trennung von Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug, unter Berücksichtigung der Frage des Betriebsrisikos nebst einem umfassenden rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Überblick, Diss. Tübingen 1953
- Stadtler, Hubert: Sympathie-Arbeitskampf, BB 1967, 719
- Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9.Aufl., Berlin 1925 ff
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10.Aufl., Berlin 1934 ff
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl., Berlin 1954 ff
- Stoll: Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung des Arbeitsrechts, DAR 1934, 199, 253

- Titze, Heinrich: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900
Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, JW 1922, 548
- Tomandl, Theodor: Der Lohnanspruch Arbeitswilliger im Arbeitskampf, AcP 164 (1964), 183
Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien-New York 1965
- Trautmann, Paul: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruchot 59 (1915), 434
- Vierkandt, Alfred: Solidarität, in: Wörterbuch der Soziologie, Hg. Berndorf, 2.Aufl., Stuttgart 1969
- Wagenitz, Thomas: Die personellen Grenzen der Tariftmacht, Frankfurt 1972
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, Hg. Winckelmann, 5.Aufl., Tübingen 1972
- Weiss, Manfred: Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnanspruch der Arbeitnehmer, AuR 1974, 37
- Westphal: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entlohnung des seine Dienste anbietenden Arbeitnehmers, auch wenn die Arbeit unausführbar ist, JW 1921, 323
- Wieacker, Franz: Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70.Geburtstag, Bd. I, München-Berlin 1965, S.783
- Wiedemann, Herbert: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan, RdA 1969, 321
- Wiethölter, Rudolf: Rechtswissenschaft, Funk-Kolleg Bd. IV, Frankfurt 1968
- Zöllner, Wolfgang: Tariftmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453
Tarifliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967
Aussperrung und arbeitskampfliche Parität, Düsseldorf 1974
- Zöllner, Wolfgang - Seiter, Hugo: Paritätische Mitbestimmung und Art.9 Abs.3 Grundgesetz, ZfA 1970, 97

Einleitung: Die möglichen Fallkonstellationen

Die wirtschaftliche Bedeutung, die die Antwort auf die Rechtsfrage besitzt, ob Arbeitswillige ihren Lohnanspruch behalten, wenn Auswirkungen eines Arbeitskampfes den Betrieb zum Stillstand bringen, bedarf angesichts der Verflechtung innerhalb der und zwischen den einzelnen Wirtschaftszweigen und der darin begründeten Möglichkeit solcher Fernwirkungen eines Arbeitskampfes keiner näheren Darlegung. Erinnerung sei nur an den Lohnkonflikt in der Metallindustrie Nordwürttembergs/Nordbadens Ende des Jahres 1971, als dessen Folge beispielsweise sechs VW-Werke, die BMW-Werke in München und die Opel-Werke in Bochum zeitweise ihre Produktion einstellten¹ und etwa 230 000 Arbeitnehmer von Kurzarbeit betroffen waren².

Interessant erscheint es, die in diesem Zusammenhang möglichen, vielfältigen Fallvarianten einmal systematisch aufzuweisen:³

Eine erste Möglichkeit der Unterscheidung besteht darin, zu fragen, welches arbeitskampfrechtliche Ereignis Ursache der Betriebsstörung ist. Hierbei kommen in Betracht Streik, Aussperrung und - obwohl dies in der Praxis, soweit ersichtlich, noch nie aktuell geworden ist - Boykott. Diese Kampfmaßnahmen wiederum können rechtmäßig, rechtswidrig oder, wie der nicht von einer Gewerkschaft geführte Streik, "wild" sein. Nach dem Umfang des Arbeitskampfes könnte beim Streik vorliegen: ein Vollstreik, der alle Betriebe eines Tarifbezirks erfaßt, ein Schwerpunktstreik, der einzelne oder

1 Vgl. etwa FAZ v. 27.11.1971, S.19, und ArbGeb 1971, 1070

2 Vgl. Jülicher DB 1973, 720 Fn.6

3 Es sollen hierbei - wie überhaupt im Rahmen dieser Arbeit - Fälle mit Auslandsberührung unerörtert bleiben.

nur einen Betrieb betrifft, oder ein sich auf einzelne Betriebsabteilungen beschränkender Teilstreik. Entsprechendes gilt für Aussperrungen. Weiterhin läßt sich differenzieren zwischen Angriffs-, Abwehr- und Sympathiearbeitskämpfen.

Eine zweite Differenzierung könnte anknüpfen an das Verhältnis zwischen dem Betrieb, von dem die Störung ausgeht, und dem betroffenen Betrieb. Abstellend auf die Eigentumsverhältnisse bzw. auf die Einheitlichkeit der Leitung könnte es sich handeln um ein und denselben Betrieb (Teilstreik) oder um einen Arbeitskampf in einem echten Drittbetrieb. Dazwischen liegen die Fälle, daß beide Betriebe zu einem Unternehmen¹ oder Konzern gehören oder daß der eine Betrieb zwar selbständig ist, wegen seiner auf den anderen Betrieb zugeschnittenen Produktion jedoch einen "Satellitenbetrieb"² darstellt.

Sieht man dagegen auf die Stellung im Wirtschaftskreislauf, so kann es sich handeln um einen Arbeitskampf in einem Zulieferbetrieb (bzw. in einer Betriebsabteilung, die Vorprodukte herstellt) oder um einen Konflikt in einem Abnehmerbetrieb (bzw. einer entsprechenden Abteilung). Ein Sonderfall hierzu ist es, wenn die Störung in einem Arbeitskräfteverleihunternehmen auf einem Streik im Betrieb eines Kunden beruht³, bzw. wenn umgekehrt wegen eines Arbeitskampfes in einem Personal-Leasing-Unternehmen eine Betriebsstockung in einem fremden Betrieb eintritt.

Drittens kann man unterscheiden danach, welcher Art die Auswirkungen des Arbeitskampfes im drittbetroffenen Betrieb sind. Der Arbeitskampf kann im betroffenen Betrieb die Arbeit technisch unmöglich machen (Fall des Betriebsrisikos);

1 Vgl. ArbG Kassel DB 1972, 1121

2 Vgl. Ballerstedt AuR 1966, 227

3 Vgl. BAG DB 1973, 827

dies kann geschehen durch Ausbleiben von Rohstoffen oder Energie, aber auch dadurch, daß als Folge eines Arbeitskampfes in Verkehrsbetrieben oder wegen des Eingreifens von Streikposten¹ die Arbeitnehmer gar nicht in ihren Betrieb gelangen können. Der Arbeitskampf in Drittbetrieben kann jedoch auch zur Folge haben, daß eine Produktion technisch zwar möglich bleibt, wirtschaftlich jedoch sinnlos wird (Fall des Wirtschaftsrisikos).

Als viertes kann schließlich noch das Verhältnis der am Kampf beteiligten Arbeitnehmer zu den mittelbar betroffenen Arbeitnehmern von Interesse sein. Es kann sich um Angehörige einer Belegschaft handeln, so im Falle des Teilstreiks, um Arbeitnehmer, die sich mit den Streikenden "solidarisiert" haben, um Arbeitnehmer, die einer Gewerkschaft oder zwei verschiedenen, aber durch eine Spitzenorganisation verbundenen Gewerkschaften angehören, um Arbeitnehmer, die sich im "Ausstrahlungsgebiet" des umkämpften Tarifvertrages befinden, oder um Arbeitnehmer, die der gleichen sozialen Gruppe, der Arbeiter- oder der Angestelltenschaft, angehören.

Mit diesen vier Gesichtspunkten - die teilweise voneinander abhängig sind - lassen sich die bisher aktuell gewordenen Fälle arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen erfassen. So handelte es sich in dem kürzlich vom Arbeitsgericht Kassel entschiedenen Fall² um einen rechtmäßigen Angriffstreik (erste Gruppe), der in einem Zulieferbetrieb des gleichen Unternehmens (zweite Gruppe) eine wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Produktion bewirkte (dritte Gruppe), wobei die Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb sich im Ausstrahlungsbereich des von den Arbeitnehmern im Kampfgebiet erstrebten Tarifvertrags befanden (vierte Gruppe).

1 Vgl. LAG Hannover AP 1954 Nr.28 S.101

2 ArbG Kassel DB 1972, 1121

Erster Teil: Die Entwicklung der Betriebsrisikolehre

A Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung bis 1945

Die Frage, ob bei Betriebsstörungen der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bestehen bleibt, war bereits im gemeinen Recht Gegenstand eines Meinungsstreits¹ und wurde auch bei den Beratungen zum BGB erörtert². Mangels einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers setzte sich der Streit auch nach Erlass des BGB fort: Anfänglich wurde eine Lösung ausschließlich gesucht in einer begrifflich-logischen Einordnung der Betriebsstockung, und zwar entweder als Annahmeverzug des Arbeitgebers (§§ 615, 293 ff. BGB) oder als Unmöglichkeit der Leistung des Arbeitnehmers (§§ 323, 275 BGB).

I Die Lehre von der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

1 Die strenge Unmöglichkeitstheorie

In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung behielt in der ersten Zeit die Unmöglichkeitstheorie die Oberhand. Namhafte Vertreter waren Titze, Rümelin, Dernburg, Lotmar und Nipperdey³.

Nach dieser Ansicht wurde im Falle einer Betriebsstockung dem Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung unmöglich, er wurde gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, verlor aber gemäß § 323 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung,

1 Vgl. RGZ 3, 181

2 Mot.II (1888), 461 f; Prot.II (1898), 230 f

3 Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht (1900), S.21 ff; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag (1905), S.82; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd.II/2 (1906), § 305 S.443; Lotmar, Der Arbeitsvertrag II (1908), S.281 f; Staudinger-Nipperdey, BGB, 9.Aufl. (1928), §615 Anm.II, 2; ferner Karger DJZ 1920, Sp.711, Westphal JW 1921, 323 und - für das gemeine Recht - RGZ 3, 181.

die Lohnzahlung. Dies sollte ohne weiteres auch für den Fall von Betriebsstörungen als Folge eines Teilstreiks oder eines Streiks in einem fremden Betrieb gelten; hierfür waren keine Ausnahmen vorgesehen.

Titze¹ stützte sich auf die Überlegung, daß zur Befolgung einer Schuldnerpflicht jeweils ein Stück Außenwelt, auf das sich die Tätigkeit bezieht ("Substrat der Tätigkeit"), genauso wesentlich wie die Person des Schuldners sei. Aus dieser Gleichwertigkeit von Subjekt und Objekt der Tätigkeit für den Tätigkeitserfolg folge, daß es für den Begriff der unmöglichen Leistung einerlei sei, ob der Leistungseffekt wegen Versagens der Person des Schuldners oder wegen Versagens des Tätigkeitssubstrates ausbleibe. Bedeute aber der Wegfall des Arbeitssubstrates begrifflich Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, so ändere sich auch dadurch nichts, daß die Bereitstellung des Substrates nach dem Vertrage Sache des Gläubigers sei².

Lotmar³ meinte, Annahmeverzug liege im Falle einer Betriebsstörung schon deshalb nicht vor, weil der Ausdruck "nicht annimmt" in § 295 BGB eine in gewolltem Tun oder Unterlassen erscheinende Nichtannahme bezeichne; wenn nämlich der Gläubiger dem Schuldner erkläre, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so könne dies nur Ankündigung sein, daß er ablehnen, nicht aber, daß schlechthin, d.h. auch ohne seinen Willen, die Annahme unterbleiben werde.

Andere Gesichtspunkte führte Nipperdey⁴ an: Der Arbeitgeber könne vom Arbeitnehmer die Leistung der Arbeit verlangen, d.h. die konkrete, zur völligen Perfektion gelangende Arbeitsleistung, die für ihn allein Wert besitze. Diese könne der Arbeitnehmer jedoch im Falle einer Betriebsstörung

1 Titze aaO.

2 Diese von Titze später aufgegeben Ansicht (vgl. unten, S.13) hat in die italienische Rechtslehre Eingang gefunden und wird dort auch heute teilweise vertreten, vgl. Runggaldier RdA 1975, 245

3 Lotmar aaO. S.280 f

4 Staudinger-Nipperdey aaO. S.823

nicht anbieten (§ 297 BGB). Eine Zerlegung der Arbeitsleistung in einen Leistungsanteil des Arbeitnehmers und eine dann allein unmögliche Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers sei unzulässig, da dies zu Unrecht Leistungsbeurteilung und Arbeitsleistung identifiziere. Das Ergebnis der Unmöglichkeitstheorie sei auch nicht unbillig. Den Arbeitgeber treffe als Unternehmer der wirtschaftliche Verlust der Betriebsstockung, während der Arbeitnehmer das Risiko des Lohnverlustes auf sich zu nehmen habe. Hier würde die Arbeitslosenversicherung eingreifen.

2 Die Lehre von der analogen Anwendung des § 616 BGB

Gegenüber der strengen Unmöglichkeitstheorie, die den Arbeitnehmer stets mit dem Lohnverlust belastete, wurden unter Beibehaltung der Unmöglichkeitstheorie Spielarten entwickelt, die den Arbeitnehmer besser stellten. Eine solche Abschwächung liegt in der von Dernburg¹ befürworteten analogen Anwendung des § 616 BGB, wonach bei kürzeren Betriebsstörungen dem Arbeitnehmer der Lohn weitergezahlt werden sollte. Dies ergebe sich daraus, daß der Lohn, wenn er schon bei Störungen in der Person des Arbeitnehmers bestehen bleibe, um so sicherer geschuldet sei, wenn das Hindernis außerhalb der Person des Schuldners liege. Dies sollte vermutlich auch im Falle arbeitskampfbedingter Betriebsstockungen gelten, da insofern nicht unterschieden wird.

3 Die Ansicht Sigels

Eine weitere Modifizierung stammt von Sigel². Dieser war zwar kein Vertreter der Unmöglichkeitstheorie, für den Fall

1 Dernburg aaO. S.445

2 Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. (1903), S.54 f

jedoch, daß er auf Grund seiner Ansicht¹ zu einer Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gelangte, meinte er, daß der Arbeitgeber im Sinne von § 324 BGB nicht nur Verschulden zu vertreten habe, sondern jeden in seiner Person liegenden Grund tragen müsse. Dies folge einmal aus § 616 BGB, denn wenn der Arbeitgeber bei einem in der Person des Arbeitnehmers eintretenden Hindernisse die Gefahr tragen müsse, müsse er dies auch bei einer in seiner Person eintretenden Hinderung tun. Ferner lasse sich aus § 615 BGB, wonach der Arbeitgeber auch bei unverschuldetem Annahmeverzug den Lohn zahlen müsse, entnehmen, daß die Lohnzahlungspflicht auch bei einer in der Person des Arbeitgebers begründeten Unmöglichkeit bestehe, da ein Grund für eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fälle nicht ersichtlich sei.

Fälle arbeitskampfbedingter Betriebsstockungen fanden keine gesonderte Erörterung.

4 Die geläuterte Sphärentheorie

Der soeben dargestellten Ansicht ähnelte die von Claren² vertretene "geläuterte Sphärentheorie":

Bei Betriebsstörungen liege Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor. Dabei habe der Arbeitgeber jedoch gemäß § 324 Abs.1 BGB eine auch unverschuldete, aber in seiner Sphäre begründete Unmöglichkeit zu vertreten. Dies folge aus der - hier liegt der Unterschied zur Ansicht Sigels - von Oertmann³ entwickelten Lehre von der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis⁴. Grundlage der Anwendung der

1 Dazu siehe unten, S.23

2 Claren, Die Frage des sogen. Betriebsrisikos, Diss. (1930)

3 Oertmann, Das Recht 1922, Sp.5 ff; vgl. hierzu unten, S.17 f

4 Claren aaO. S.32 f

Sphärentheorie sei eine ergänzende Auslegung (§ 157 BGB) des Arbeitsvertrages, wobei die tatsächliche Lage der Parteien zu berücksichtigen sei, nämlich, daß der Arbeitnehmer seine Dienstleistung in der Gläubigersphäre, auf die er nur äußerst beschränkten Einfluß habe, bewirken müsse¹. Hieraus ergebe sich für den Arbeitgeber eine "Haftung für Zufall bis zur höheren Gewalt"². Derartige höhere Gewalt liege im Falle der Betriebsstockung durch Teilstreik vor. Bei einer Betriebsstörung wegen eines Streiks in einem Drittbetrieb sei dagegen entscheidend, ob die Störung durch zumutbare Maßnahmen vermeidbar gewesen wäre oder nicht. Nur im letzteren Falle läge höhere Gewalt vor, die eine Haftung des Arbeitgebers entfallen ließe³.

II Die Annahmeverzugslehre

Zur Zeit des Ersten Weltkriegs begann die Annahmeverzugslehre, d.h. die Ansicht, daß bei Betriebsstockungen der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerate und gemäß § 615 BGB den Lohn zu zahlen habe, sich in der wissenschaftlichen Diskussion durchzusetzen und eine herrschende Stellung einzunehmen. Literarisch im wesentlichen begründet wurde sie von Trautmann⁴ und Oertmann⁵.

Schon früher wurde sie von Endemann⁶ vertreten, der der Ansicht war, daß der Arbeitslohn Vergütung für die Bereitstellung der Arbeitskraft sei und gemäß § 615 BGB auch dann zu entrichten sei, wenn es nicht zu einer Annahme der

1 Claren aaO. S.33 f

2 Claren aaO. S.61, 78

3 Claren aaO. S.74 f

4 Trautmann Gruchot 59 (1915), 434

5 Oertmann AcP 116 (1918), 1

6 Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9.Aufl., I/2 (1908), S.1091 f

Arbeitsleistung komme. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung liege nur vor, wenn die Bereitstellung der Dienste von Seiten des Arbeitnehmers ausgeschlossen sei.

Dies deckte sich mit dem Ergebnis Trautmanns: Unmöglichkeit sei nur dann gegeben, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich sei, daß auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung ausgeschlossen sei¹. Dies folge aus dem Verhältnis von Unmöglichkeit zu Gläubiger- und Schuldnerverzug. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit werde der Schaden insofern auf beide Parteien verteilt, als der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliere, der Gläubiger aber den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden allein tragen müsse. In dieser Abweichung von dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Gefahrtragungsgrundsatz "casum sentit dominus" liege eine Milderung der Leistungspflicht des Schuldners. Eine derartige Milderung finde sich jedoch nicht bei der Regelung der Folgen des Annahmeverzuges. Die Gefahr des Zufalls, der in seiner Rechtssphäre auftrete, treffe vielmehr den Gläubiger allein: wenn er die ihm obliegende Handlung nicht bewirken könne, so sei er dennoch verpflichtet, die vereinbarte Gegenleistung, den Arbeitslohn, zu entrichten².

Ein weiteres Argument Trautmanns knüpfte an § 294 BGB an: Diese Bestimmung sei in dem Sinne zu lesen, daß der Schuldner die Leistung n u r so, wie sie zu bewirken sei, anbieten müsse. Dies müsse richtig sein, da der Schuldner kraft des Schuldverhältnisses nur insoweit verpflichtet sei, als er sich vertragsmäßig gebunden habe. Der Schuldner verspreche aber nur und könne nur versprechen, unter der

1 Trautmann aaO. S.450

2 Trautmann aaO. S.451 f

Voraussetzung, daß der Gläubiger seinen Mitwirkungspflichten nachkomme, dazu fähig und bereit zu sein, das Schuldverhältnis vertragsgemäß zu erfüllen. Wenn also der Schuldner das leisten könne, was er im Vertrag versprochen habe, so sei s e i n e Leistung möglich.¹ Andernfalls verwechsle man die Möglichkeit der Bewirkung der schuldnerischen Leistung, d.h. der Erfüllung, mit der Möglichkeit der Schuldnerleistung selbst².

Oertmann³ bildete zur Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug vier Fallgruppen.

Im ersten Fall, - wenn der Schuldner den Leistungserfolg ohne jede Mitwirkung des Gläubigers herstellen kann - sei für einen Annahmeverzug in Wahrheit kein Raum⁴.

Ein zweiter Fall sei gegeben, wenn zur Herstellung des Erfolges eine Mitwirkung des Gläubigers unerläßlich sei, die sich jedoch auf die Empfangnahme der im übrigen vollendeten Leistung beschränke, also für die Leistungshandlung selbst keine Bedeutung habe, etwa bei Übereignungspflichten. Daß hier Annahmeverzug und nicht Unmöglichkeit eintrete, weil der Schuldner keinen zur Annahme geeigneten oder fähigen Gläubiger vorfinde, folge einmal aus § 372 BGB, wonach der Schuldner in diesem Fall zwar ein Erfüllungssurrogat wählen dürfe, nicht aber von seiner Leistungspflicht befreit sei; zum anderen gehe § 299 BGB davon aus, daß hier grundsätzlich Annahmeverzug eintrete. Bei der Frage, ob der Schuldner leistungsfähig sei oder nicht, sei also in diesem Fall von allen Hindernissen abzusehen, die in der Annahmebereitschaft des Gläubigers ihren Grund hätten⁵. Eine dritte Fallvariante sei gegeben, wenn bereits zur Leistungshandlung selbst, also nicht nur zur Annahme der

1 Trautmann aaO. S.455

2 Trautmann aaO. S.456

3 Oertmann AcP 116 (1918), 1

4 Oertmann aaO. S.14 f

5 Oertmann aaO. S.15 f

Leistung, eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sei. Daß auch hier Annahmeverzug vorliege, ergebe sich aus der weiten Formulierung des § 295 BGB und durch Umkehrschluß aus § 299 BGB¹, ferner daraus, daß bei der Prüfung, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliege, alle den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers entgegenstehenden Hindernisse wegzudenken seien². Zur Unterstützung lasse sich auch § 616 BGB heranziehen, da es unsinnig sei, den aus Gründen in der Person des Gegners am Tätigwerden Gehinderten schlechter zu stellen als bei entsprechenden Hindernissen in der eigenen Person³.

In einer vierten Gruppe von Fällen schließlich hänge - so Oertmann - die Erbringbarkeit der Leistung nicht von Umständen in den Personen der Vertragsparteien ab, sondern von äußeren Momenten, insbesondere von Gegenständen, an oder mit denen die Leistung vollzogen werden solle⁴. Habe der Gläubiger dieses Leistungssubstrat zu stellen, so falle dessen Versagen in seinen Einwirkungs- und Interessenbereich, so daß rechtspolitische Gründe dafür sprächen, ihn insoweit mit der Gefahr zu belasten⁵. Aus dem Gegensatz von § 642 und § 645 BGB ergebe sich jedoch, daß das Gesetz diese Fälle nicht als Annahmeverzug betrachte, vielmehr den Unternehmer auf den Teilanspruch des § 645 BGB verweise⁶. Hiervon scheide jedoch etwa der Fall aus, daß bei einem Arbeitsvertrag das zur Erbringung der Arbeitsleistung notwendige Fabrikgebäude abbrenne. Hier liege Annahmeverzug des Arbeitgebers vor, da es sich in Wirklichkeit um einen Fall der dritten Gruppe handle. Der Arbeitgeber müsse hier das Substrat nicht nur einmalig stellen,

1 Oertmann aaO. S.18 f

2 Oertmann aaO. S.24

3 Oertmann aaO. S.25 f; so auch Buchwald Arbeitsrecht 1922, Sp.363

4 Oertmann aaO. S.29

5 Oertmann aaO. S.31

6 Oertmann aaO. S.35

sondern die ihm obliegende Mitwirkung erstreckte sich auf dauernde Bereithaltung. Falls diese unmöglich werde, so entfalle in erster Linie seine Mitwirkungshandlung¹.

1 Die strenge Annahmeverzugslehre

Eine ausnahmslos durchgeführte Annahmeverzugslehre, d.h. die Anerkennung einer Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers auch bei Betriebsstockungen durch Arbeitskämpfe im eigenen oder fremden Betrieb, fand sich nur vereinzelt. Hierzu zählten wohl Endemann² und Trautmann³,, ausdrücklich und unmißverständlich äußerte sich - soweit ersichtlich - nur Neumann⁴ in dieser Richtung..

Alle anderen Vertreter der Annahmeverzugslehre nahmen für den Fall arbeitskampfbedingter Betriebsstockungen Korrekturen von unterschiedlicher Art und Reichweite an der als Ausgangspunkt beibehaltenen Annahmeverzugslehre vor⁵. Hierbei flossen etwa ab 1920 "moderne" arbeitsrechtliche Gedanken in die bis dahin rein bürgerlich-rechtlich geführte Auseinandersetzung ein.

1 Oertmann aaO. S.38 f

2 Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9.Aufl., Bd.I/2 (1908), S.1091 f

3 Trautmann Gruchot 59 (1915), 434

4 Neumann Arbeitsrechtspraxis 1928, 223; ebenso im Ergebnis LG Kiel, wiedergegeben als Eingangsinstanz bei RGZ 106, 273 f und Koffka DJZ 1920, Sp.644

5 Andere Modifikationen, so etwa für den Fall, daß die weitere Lohnzahlung den Fortbestand des Betriebes gefährdet, oder für den Fall des sogenannten generellen Betriebsrisikos, wenn also eine Betriebsstörung ganze Landstriche oder Arbeitszweige erfaßt, bleiben hier unberücksichtigt.

2 Die Ansicht Titzes

Titze, der früher Vertreter der Unmöglichkeitstheorie gewesen war¹, schloß sich aufgrund der folgenden Überlegung der Lehre vom Annahmeverzug an²: Die Erfüllung eines Schuldverhältnisses könne auf zweifache Weise vereitelt werden, entweder dadurch, daß eine notwendige Mitwirkungshandlung des Gläubigers unterbleibe, oder durch ein sonstiges, andersartiges Hindernis. Nur im zweiten Fall liege Unmöglichkeit vor, im ersten Annahmeverzug. Bei der Abgrenzung der beiden Begriffe - die dem gemeinsamen Oberbegriff Erfüllungshindernis unterfielen - habe man vom Annahmeverzug auszugehen; nur die hiervon nicht erfaßten Erfüllungshindernisse gehörten zur Unmöglichkeit. § 297 BGB sei also dahin zu interpretieren, daß der Leistungsbewirkung nicht noch andere Hindernisse als die fehlende Mitwirkung des Gläubigers im Wege stehen dürfen. Mit der Zuordnung zu einem gemeinsamen Oberbegriff werde die Grenze fließend, und man könne bei der Grenzziehung den Bedürfnissen des einzelnen Falles Rechnung tragen³.

So ließe sich im Fall des den Betrieb lahmlegenden Teilstreiks nicht sagen, daß der Unternehmer gegenüber den Arbeitswilligen eine Mitwirkungshandlung verabsäumt habe und deshalb im Annahmeverzug sei. Es sei vielmehr eher Sache der - organisierten und dadurch wirtschaftlich im wesentlichen gleich mächtigen - Arbeitnehmerschaft, dafür zu sorgen, daß der von ihr gewünschte Fortgang des Betriebes nicht durch Streiks gestört werde. Auch wenn Arbeitswillige und Streikende verschiedenen Gewerkschaften angehörten, hätten sie doch die Möglichkeit wechselseitiger Beeinflussung

1 Titze, Unmöglichkeit (1900), S.21 ff; vgl. hierzu o., S.5

2 Titze JW 1922, 548

3 Titze aaO. S.549

Über die Spitzenorganisationen oder sollten einen derartigen Einfluß zumindest zu gewinnen suchen. Das Solidaritätsverlangen der Arbeitnehmerschaft, das sie bei der moralischen Bewertung des Streikbruchs zum Ausdruck bringe, wende sich hier gegen sie. Es entspreche also dem im Kampf zwischen Kapital und Arbeit erreichten "balance of power", bei einer Betriebsstockung wegen Teilstreiks eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen und den Lohnanspruch gemäß § 323 BGB zu verneinen. Andernfalls komme man auch zu dem absurden Ergebnis, daß der Arbeitgeber den Streik selbst finanziere.

Gleiches gelte bei einem wilden Streik, den zu verhindern eben Sache der Arbeitnehmerschaft sei, und auch bei einem betriebsfremden Streik¹.

3 Die Lehre von der Unzumutbarkeit

Ausgehend von der Annahmeverzugslehre wurde der Versuch unternommen, für den Fall der arbeitskampfbedingten Betriebsstockung ein billiges Ergebnis unter Heranziehung des aus § 242 BGE entnommenen Gedankens der Unzumutbarkeit zu erlangen².

Krückmann führte aus: Man müsse erkennen, daß es auch eine Nichtzumutbarkeit der Annahme, d.h. der Rechtsausübung, gebe. Wegen einer solchen Nichtzumutbarkeit habe der Arbeit-

1 Titze aaO. S.550

2 Krückmann LZ 1926, Sp.9; Oppenheimer, Die Lehre von der Belegschaftsgemeinschaft und das Teilstreikproblem, Diss. (1927), S.75; Aulike, Lohnzahlung bei Teilstreik, Diss. (1933), S.25 ff.

In diesem Zusammenhang ist die verwandte Lehre Koehlers (NZfA 1922, Sp.473) zu erwähnen, wonach allgemein bei jeder Betriebsstockung - also nicht nur bei einer arbeitskampfbedingten - der eigentlich gemäß § 615 BGB bestehende Lohnanspruch mit Rücksicht auf § 242 BGB entfalle, da dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könne, Lohn für eine völlig wertlose Leistung zu zahlen.

geber im Falle des Teilstreiks ein Annahmeverweigerungsrecht, da Nichtstörung des Betriebes durch die Arbeitnehmer Grundlage für die Lohnzahlungspflicht sei. Müsse nämlich der Arbeitgeber die Nichtstreikenden bezahlen, so werde ihm das Durchhalten des Lohnkampfes um so schwerer¹. Auf etwas andere Weise verwendete Aulike² den Gedanken der Unzumutbarkeit: Nicht die Annahme der Arbeitsleistung sei unzumutbar, sondern die Lohnzahlung. Dies gelte sowohl bei einem Streik im eigenen als auch in einem fremden Betrieb, ferner auch dann, wenn die Weiterarbeit technisch zwar möglich, wirtschaftlich aber unrentabel sei. Die Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber ergebe sich daraus, daß die Störung aus der Sphäre der solidarisch verbundenen Arbeitnehmerschaft stamme³ und daß es unbillig sei, dem Arbeitgeber neben dem durch die Unterbrechung des Arbeitsprozesses entstandenen Verlust auch die Lohnzahlungspflicht aufzubürden und ihn damit den Teilstreik finanzieren zu lassen. Ferner spreche für eine Unzumutbarkeit der Gedanke, daß mit der Stilllegung des Betriebes die Grundlage der Lohnzahlung weg falle, ferner die Überlegung, daß bei einer Nichtzahlung des Lohns der Schaden gleichmäßig verteilt werde, da dann weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer etwas verdienten. Schließlich sei eine Lohnzahlungspflicht im Interesse des Volkes und des Staates dem Arbeitgeber nicht zuzumuten.

4 Die Lehre vom arglistigen Angebot

Teilweise wurde ein anderer Weg beschritten, um im Falle arbeitskampfbedingter Betriebsstockungen - bei Beibehaltung der Annahmeverzugslehre - mittels § 242 BGB zu einem billigen

1 Krückmann aaO. Sp.16 f

2 Aulike aaO. S.26 f

3 Vgl. auch Oppenheimer aaO. S.75

Ergebnis zu gelangen. Nicht beim Arbeitgeber wird mit dem Gedanken der Unzumutbarkeit angesetzt, sondern es wird u.U. das Arbeitsangebot des Arbeitnehmers als arglistig unbeachtet gelassen und aus diesem Grund der Anspruch aus § 615 BGB verneint¹. Hierbei lassen sich Abstufungen feststellen:

Sinzheimer² gewährte dem Arbeitgeber die Einrede der Arglist gegenüber dem Lohnbegehren der Arbeitswilligen nur dann, wenn diese im Falle des Teilstreiks mit den Streikenden "gemeinsame Sache" machten. Ebenso kam Erdmann³ zu einer Versagung des Lohnanspruchs bei Teilstreik oder Streik in einem Drittbetrieb nur, wenn den Arbeitswilligen eine wirtschaftliche Verbundenheit mit den Streikenden nachgewiesen werden konnte, etwa wenn sie bei einer Betriebsversammlung für den Streik gestimmt hatten oder der den Arbeitskampf betreibenden Gewerkschaft angehörten. Diese Ansicht stard, da sie dem Arbeitgeber den vollen Nachweis der Arglist auferlegte, der strengen Annahmeverzugslehre im Ergebnis sehr nahe.

Buchwald⁴ bildete Fallgruppen: Bei einer Betriebsstockung wegen eines Streiks in einem Drittbetrieb entfalle der Lohnanspruch nicht. Bei einem Teilstreik stehe dem Lohnbegehren die exceptio doli generalis dann entgegen, wenn der Arbeitnehmer selbst für den Streik gestimmt habe oder wenn der Arbeitnehmer zwar nicht mitgestimmt habe, im

1 Buchwald Arbeitsrecht 1922, Sp.257; Hoeniger JW 1922, 1703; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Aufl. (1927), S.192 Fn.1; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb (1929), S.66 ff; Müller, Die Betriebsverbundenheit, Diss. (1930), S.40 ff; Erdmann, Von der Wandlung zum sozialen Recht (1932), S.91 f; vgl. auch OLG Jena NZfA 1923, 190 und - für das schweizerische Recht - Egger-Escher, Schweizer Obligationenrecht, 2.Aufl. (1936), Art.332 Anm.13.

2 Sinzheimer aaO. Fn.1; vgl. auch Müller aaO. S.40 ff

3 Erdmann aaO. S.91 f

4 Buchwald aaO. Sp.257 f

Betrieb jedoch abgestimmt worden sei. Der Arbeitnehmer müsse sich im letzteren Fall den Beschluß entgegenhalten lassen, da durch das Betriebsrätegesetz die Arbeitnehmerschaft als arbeitsrechtliche Körperschaft anerkannt worden sei. Keine Arglist liege dagegen vor, wenn der Streik gerade gegen Interessen des Arbeitswilligen gerichtet sei oder wenn keine Abstimmung im Betrieb stattgefunden habe.

Hoeniger¹ erleichterte - insoweit im Gegensatz zu Sinzheimer und Erdmann - dem Arbeitgeber im Falle von Betriebsstockungen, die auf Streiks im eigenen oder in einem fremden Betrieb beruhen, den Nachweis der Arglist durch eine aus der Solidarität der Arbeitnehmerschaft hergeleitete Vermutung für ein arglistiges Zusammenwirken von Streikenden und Arbeitswilligen. Diese Ansicht teilte auch Molitor², der von einem "prima-facie-Beweis", bzw. von einer "tatsächlichen Vermutung" sprach; dies folge - so Molitor - aus der über den einzelnen Betrieb hinausgehenden Interessengemeinschaft der Arbeitnehmer.

5 Die Lehre von der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis

Nach Oertmanns Ansicht steht hinter der grundsätzlichen Entscheidung, daß im Falle von Betriebsstockungen Annahmeverzug vorliege, das Prinzip der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers trete deshalb unabhängig von dessen subjektiven Fähigkeiten zur Annahme der Leistung bzw. zur Erbringung von Mitwirkungshandlungen ein, weil er nicht berechtigt sein solle, die

1 Hoeniger aaO. S.1705

2 Molitor aaO. S.74 f, 78

Nachteile solcher persönlichen Hindernisse auf die Außenwelt abzuladen¹.

Aus diesem rechtspolitischen Leitgedanken folge aber auch, daß im Falle einer durch Teilstreik bedingten Betriebsstockung kein Annahmeverzug vorliege: Das BGB wolle dem Gläubiger, d.h. dem Arbeitgeber, im Sinne des Annahmeverzuges nur die in seiner Person² oder in seinem Betriebskreis begründeten Hindernisse zur Last gelegt wissen³. Ein derartiges Hindernis bestehe jedoch im Falle des Teilstreiks nicht, da der letzte Grund für die Betriebsstörung auf seiten der Arbeitnehmer liege. Die Ursache rühre zwar nicht unmittelbar von den Arbeitswilligen her, doch sei die Arbeitnehmerschaft durch Betriebsräte und Tarifverträge zu einer Einheit zusammengeschlossen. Ihre tatsächliche und rechtlich gewährleistete Solidarität rechtfertige es, die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber als einheitliche Gruppe anzusehen, wobei das Versagen eines Teils dem anderen zuzurechnen sei⁴. Hinzu komme, daß es sozial unerfreulich wäre, den Arbeitgeber den Teilstreik selbst finanzieren zu lassen⁵. Auch sei es den Arbeitswilligen zuzumuten, bei einem ernsthaft mißbilligten Teilstreik Druck auf die Streikenden auszuüben⁶.

Anders sei im Falle einer durch einen Streik in einem Drittbetrieb entstandenen Betriebsstörung zu entscheiden: Hier

1 Oertmann, Das Recht 1922, Sp.10; NZfA 1922, Sp.463; so auch Loesch, Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen, Diss. (1930), S.54 ff

2 Hierauf hatte Oertmann seine Ansicht ursprünglich beschränkt, vgl. Oertmann AcP 116 (1918), 46

3 Oertmann LZ 1927, Sp.1164

4 Oertmann Das Recht 1922, Sp.10 f; NZfA 1922, Sp.464 f; LZ 1927, Sp.1164, enger Loesch aaO. S.69, der eine Solidarität nur innerhalb einer Arbeitnehmerorganisation bejahet.

5 Oertmann Das Recht 1922, Sp.10; Deutsches Arbeitsvertragsrecht (1923), S.170 f

6 Oertmann NZfA 1922, Sp.465

behalte der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch, da eine über den Betrieb hinausgehende Solidarität nicht anzuerkennen sei¹.

6 Die Lehre von der Neutralität des Staates

Als Lösung der Betriebsrisikofälle sah Robel² folgendes Ergebnis an: Da der Annahmeverzug ein Fall von Gefährdungshaftung, von Haftung für den eigenen Rechtskreis, sei - insoweit wird die eben skizzierte Lösung Oertmann³ übernommen -, liege Annahmeverzug dann vor, wenn das Hindernis auf Ereignisse aus dem typischen Gefahrenkreis des Arbeitgebers zurückgehe, also auf Ereignisse, die nach der Art des Betätigungskreises des Arbeitgebers öfters vorkommen, die sich zumindest voraussehen und in Rechnung stellen lassen.

Ein allgemeiner Wegfall des Lohnanspruchs in Streikfällen lasse sich hierauf jedoch nicht stützen, da jeder Arbeitgeber mit dem Ausbruch eines ordnungsgemäßen Arbeitskampfes rechnen müsse, dies also zu den typischen Betriebsgefahren zähle⁴. Der Lohnverlust ergebe sich aber in diesen Fällen aus dem Grundsatz der staatlichen Neutralität im Arbeitskampf⁵. Danach müsse sich der Staat jedes Eingriffs in Lohnkämpfe enthalten, es dürfe keine der Parteien durch

1 Oertmann NZfA 1922, Sp.465 f: in diesem Punkte weitergehend Loesch aaO. S.62 f. 69 f, der eine überbetriebliche Solidarität dann anerkannte, wenn die Arbeitnehmer zumindest in einer den einzelnen Gewerkschaften übergeordneten Spitzenorganisation, die bei Arbeitskämpfen eine Einwirkungspflicht hat, verbunden sind.

2 Robel, Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, Diss. (1931), S.47 ff (64)

3 Siehe oben, S.17 f

4 Robel aaO. S.65

5 Robel aaO. S.65 ff

die gesetzliche Regelung ihrer gegenseitigen privatrechtlichen Beziehungen in ihren Kampfhandlungen bevorzugt oder benachteiligt werden. Die Tendenz, diese "Parität"¹ der beiden Parteien zu wahren, zeige sich in der gesamten arbeitsrechtlichen Gesetzgebung. So finde sich der Grundsatz der staatlichen Neutralität ausgebildet in § 94 AVAVG a.F. und den dazu ergangenen Richtlinien des Verwaltungsrats der Reichsanstalt vom 27.3.1928, wonach eine Unterstützung mittelbar Arbeitsloser u.a. entfalle, wenn durch eine Unterstützung eine Beeinflussung des Arbeitskampfes zu erwarten sei².

Die "Kampfgleichheit"³ wäre aber unvollkommen, wenn die Arbeitswilligen in jedem Fall ihren Lohnanspruch behielten: Bei einem Teilstreik führe der Neutralitätsgedanke zu einer Versagung des Lohnanspruchs, da hier der Lohnkampf Rückwirkungen auf die Arbeitsbedingungen der Nichtbeteiligten habe - auch wenn es sich etwa um Angestellte bei einem Arbeiterstreik handle - und da in der Belastung des Arbeitgebers mit der Lohnzahlungspflicht eine Beeinflussung des Arbeitskampfes zu erblicken sei. Dasselbe gelte, wenn der auslösende Lohnkampf in einem Betrieb stattfinde, der mit dem betroffenen Betrieb wirtschaftlich zusammengehöre. Bei Arbeitskämpfen in fremden Betrieben habe dagegen die Lohnzahlungspflicht keinen unmittelbaren Einfluß auf die Kampfparteien, doch gebe es aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit mittelbare Rückwirkungen. Insoweit seien auch die mittelbar betroffenen Betriebe als am Arbeitskampf beteiligt anzusehen und in den Neutralitätsgedanken einzubeziehen. Eine auf einem fremden Streik beruhende Betriebsstockung führe somit dann zur Versagung des Lohnanspruchs,

1 Robel aaO. S.66

2 Robel aaO. S.70

3 Robel aaO. S.66

wenn der Kampfausgang eine Rückwirkung auf die Löhne der Arbeitnehmer der mittelbar betroffenen Betriebe habe oder wenn die Lohnzahlung eine Beeinflussung des Kampfergebnisses bedeutete¹.

7 Die Lehre vom kollektiven Angebot

Eine Reihe von Anhängern² fand schließlich ein weiterer Versuch, ausgehend von der Annahmeverzugslehre durch Einbeziehung arbeitsrechtlicher Gedanken den Wegfall des Lohnanspruchs im Falle einer durch Teilstreik ausgelösten Betriebsstockung zu erklären: Annahmeverzug mit der Folge der Lohnzahlungspflicht liege in diesem Fall mangels eines wirksamen Angebots der Arbeitswilligen nicht vor. Während nämlich früher in Kleinbetrieben jeder einzelne Arbeitnehmer seine Arbeit unabhängig von seinen Kollegen verrichtete, dominierten mittlerweile in der Wirtschaft die Großbetriebe mit einer bis zum letzten durchgeführten Arbeitsteilung, wobei die Arbeit des einzelnen nicht wertlos sei, ihre wirtschaftliche Bedeutung jedoch allein im Zusammenhang mit der Arbeit anderer Arbeitnehmer erhalte. Dies finde, da man Widersinniges nicht zu vereinbaren pflege, insoweit seinen Niederschlag im Einzelarbeitsvertrag, als vereinbart werde, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Zusammenhang mit der Leistung anderer zu erbringen habe. Der Vertrag habe also die stillschweigende und selbstverständliche Voraussetzung, daß auch alle anderen Arbeitnehmer

1 Robel aaO. S.76 f

2 LG Stade JW 1921, 1336; Adler Arbeitsrecht 1922, Sp.359; Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen (1925), S.35 ff; ders., Arbeitsrecht 1925, Sp.425; Prym, Zur Frage des Betriebsrisikos, Diss. (1930), S.53; Jaenecke, Das Betriebsrisiko, Diss. (1933), S.54 ff

ihren Vertragspflichten nachkämen. Da somit erst alle Arbeitsleistungen zusammen das Vereinbarte darstellten, liege im Falle des Teilstreiks kein objektiv vollständiges Angebot der Arbeitswilligen vor¹. Dieses Ergebnis sei die eigentlich selbstverständliche Konsequenz des Kollektivprinzips; gewisse Ansprüche des Arbeitgebers richteten sich gegen die Arbeitnehmer als Kollektivum².

Auf den Fall einer Betriebsstörung wegen eines Streiks in einem fremden Betrieb lasse sich diese Konstruktion nicht übertragen, da die Arbeitnehmer eine Leistung nur im Zusammenhang mit ihren Belegschaftskollegen versprechen³.

III Die Lehre von der Vertragsauslegung

Die bisher dargestellten Lösungen der Betriebsrisikofrage versuchten, das Problem allgemein zu entscheiden, d.h. es wurde jeweils eine generelle Entscheidung entweder für Unmöglichkeit oder Annahmeverzug getroffen, ohne auf Einzel- oder Besonderheiten des betreffenden Arbeitsvertrags einzugehen oder diese im Ergebnis zu berücksichtigen. Daneben fanden sich jedoch bereits von Anfang an Stimmen⁴, die eine Entscheidung dieser Frage vom Inhalt des Arbeitsvertrages abhängig machen wollten, die also eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung annahmen, wenn der Arbeitnehmer seine Dienste ausschließlich für eine Arbeitsstätte oder Sache versprochen habe, und die umgekehrt im Falle, daß keine spezielle Fabrik oder Maschine bestimmt worden sei, Annahmeverzug sahen.

1 Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Diss. (1925), S.35 f; Jaenecke aaO. S.55 f

2 Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Diss. (1925), S.36

3 Jaenecke aaO. S.59

4 Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag (1903), S.52; Ennecerus, Recht der Schuldverhältnisse, 6.Aufl. (1914), § 367 IV 2 S.430; Planck-Gunkel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Aufl. (1928), § 615 Anm.5

Sigel¹ führte diese Korzeption konsequent durch und stellte keinerlei allgemeine Regeln auf: Allein entscheidend sei der im Einzelfall festzustellende freie Vertragswille der Parteien, den das BGB als wichtigen Grundsatz anerkannt habe. Der Kommentar von Planck² dagegen meinte, daß nach der Auffassung des Lebens üblicherweise Arbeit an einer bestimmten Maschine geschuldet sei, während Enneccerus³ im Zweifel zum entgegengesetzten Ergebnis kam. Mit der Aufstellung allgemeiner Regeln für den Zweifelsfall wird eine starke Annäherung an die Unmöglichkeit- bzw. Annahmeverzugslehre vollzogen. Praktisch handelte es sich nur um einen Versuch zur anderweitigen Begründung dieser Ansichten, nämlich aus dem Vertrag heraus, zumal auch nach den oben dargestellten Lehren eine ausdrückliche vertragliche Regelung den von ihnen aufgestellten Grundsätzen vorgehen sollte.

IV Die Lehre von der Substratbeschaffungspflicht

Kaskel⁴ war der Ansicht, daß Annahmeverzugs- und Unmöglichkeitsslehre einen unrichtigen Ausgangspunkt wählten, wenn sie die Beschaffung des "Arbeitssubstrates" durch den Arbeitgeber als reine Mitwirkungshandlung betrachteten. Aufgrund romanistischer Betrachtungsweise werde der Arbeitsvertrag als Unterfall der Miete aufgefaßt, hiermit würden die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien verkannt. Neben der Pflicht, Arbeit gegen Entgelt zu leisten, enthielte der Arbeitsvertrag eine ganze Reihe von Rechten und Pflichten; eine solche - einklagbare⁵ - arbeitsvertragliche

1 Sigel aaO. S.52

2 Planck-Gunkel aaO. § 615 Anm.5

3 Enneccerus aaO. S.430

4 Kaskel NZfA 1922, Sp.1; Arbeitsrecht, 2.Auf1. (1925), S.90

5 Kaskel NZfA 1922, Sp.8

Pflicht sei die Pflicht zur Beschaffung des Arbeitssubstrates. Diese enthalte im wesentlichen drei Bestandteile, nämlich die Pflicht zur Bereitstellung eines normal funktionierenden Betriebes, zur Lieferung von Werkzeugen und Stoffen und zur Übertragung von Arbeit¹. Eine Rechtspflicht bezüglich Einrichtung und Unterhaltung der wichtigsten Substrate sei in § 618 BGB ausdrücklich anerkannt². Eine derartige Verpflichtung könne aber nie eine von § 295 BGB gemeinte Mitwirkungspflicht sein, deren Fehlen einen Annahmeverzug des Gläubigers begründen könne. Es handle sich vielmehr um die Nichterfüllung einer geschuldeten Leistung, die, wenn die Leistung möglich sei, unter weiteren Voraussetzungen einen Schuldnerverzug des Arbeitgebers begründe, andernfalls einen Fall der Leistungsunmöglichkeit darstelle³. Bei einer Betriebsstockung - auch einer streikbedingten⁴ - müsse daher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung dann, aber nur dann leisten, wenn ihn ein Verschulden treffe. Der Schadensersatz umfasse neben dem Lohnausfall auch u.U. entgangenen Gewinn. Ein anderer Lohnanspruch stehe dem Arbeitnehmer in keinem Fall zu, da durch den Wegfall des Leistungssubstrates dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung unmöglich werde und er gemäß § 323 BGB seinen Lohnanspruch verliere⁵.

V Die Ansicht Nikischs

Für Nikisch⁶ ergab sich die Entscheidung über den Lohnanspruch bei Betriebsstockungen aus dem Inhalt der Arbeit-

1 Kaskel NZfA 1922, Sp.5 f

2 Kaskel, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1925), S.90 Fn.1

3 Kaskel NZfA 1922, Sp.9 f

4 Kaskel NZfA 1922, Sp.12 ff

5 Kaskel NZfA 1922, Sp.10 ff

6 Nikisch JhJ 80 (1930), 110 ff

nehmerverpflichtung und ihrem Verhältnis zur Lohnzahlungspflicht: Diese Verpflichtung bestehe im Bereitstellen der Arbeitskraft, sie könne auch während einer Betriebsstörung erfüllt werden und werde auch tatsächlich erfüllt. Es dürften also die Regeln über Unmöglichkeit oder Annahmeverzug nicht angewendet werden; vielmehr sei, da die Leistung des Arbeitnehmers, für die der Lohn versprochen worden sei, bewirkt werde, auch die Gegenleistung zu erbringen, also der Lohn zu zahlen. Im Falle von Akkord- oder Stundenlohn greife die Regel ein, daß der Arbeitnehmer auch in diesen Fällen im Zweifel Anspruch auf den der betriebsüblichen Arbeitszeit entsprechenden Verdienst habe¹.

Diese Grundsätze würden eigentlich die Fälle arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen miterfassen, da auch hier die Arbeitskraft der Arbeitswilligen dem Arbeitgeber zur Verfügung stehe. Voraussetzung sei freilich, daß die vorgeblich Arbeitswilligen wirklich und nicht nur scheinbar bereit seien, auch während des Streiks ihre Arbeitskraft verwerten zu lassen². Hier liege im Grunde nur ein Beweisproblem vor, für die Beurteilung müsse die üblich gewordene Taktik der Arbeitnehmerschaft, bei Kampfhandlungen den Angriff ohne Beeinträchtigung seiner Wirksamkeit auf möglichst schmaler Grundlage vorzutragen, berücksichtigt werden. Bei einem Teilstreik könne daher aufgrund der Lebenserfahrung im allgemeinen angenommen werden, daß es auf die Lahmlegung des ganzen Betriebes abgesehen sei und auch der nichtstreikende Teil der Belegschaft dieses Ergebnis wünsche. Mangels

1 Nikisch aaO. S.115 f; einen ähnlichen Gedanken hatte bereits früher Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9.Aufl., I/2 (1908), S.1091 f entwickelt (vgl. oben, S.8), ein wesentlicher Unterschied zur Ansicht Nikischs liegt jedoch darin, daß dieser den Lohnanspruch als ursprünglichen Anspruch aus § 611 BGB gewährt, während Endemann seine Überlegung zur Begründung eines Anspruchs aus Annahmeverzug (§ 615 BGB) verwendet.

2 Dies ist auch der Grundgedanke der oben (S.15) als "Lehre vom arglistigen Angebot" dargestellten Ansicht.

ernsthafte Arbeitswillens stehe die Arbeitskraft der am Streik nicht unmittelbar Beteiligten dem Arbeitgeber in Wahrheit nicht zur Verfügung. Damit entfalle deren Lohnanspruch. Um den Lohnanspruch zu behalten, müßten die Arbeitnehmer den schwer zu erbringenden Nachweis führen, daß sie das Vorgehen ihrer Kollegen mißbilligten. Dagegen sei bei einem Streik der Arbeiter eine Beteiligung der Angestellten nicht ohne weiteres anzunehmen. Ähnliches gelte, wenn die Betriebsstockung auf einen Streik in einem anderen Betrieb zurückgehe. Hier müsse der Arbeitgeber einen Zusammenhang zwischen der Kampfhandlung und den äußerlich Unbeteiligten beweisen, der die Annahme rechtfertige, daß diese die Arbeitskraft nur scheinbar zur Verfügung hielten¹. Soweit hiernach trotzdem Löhne gezahlt werden müßten, habe der Arbeitgeber ein Recht zur fristlosen Kündigung².

VI Die personenrechtliche Lehre

Potthoff³ und Harmsen⁴ sahen in dem Arbeitsverhältnis keinen Fall des Dienstvertrages, für den die entsprechenden schuldrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten würden, sondern ein personenrechtliches Verhältnis, welches im germanischen Recht wurze⁵. Während beim Dienstvertrag eine Hingabe der Arbeitskraft als Vermögensobjekt erfolge, sei es beim Arbeitsvertrag so, daß "der ganze Mensch sich während der Arbeitszeit leistet"⁶. Der Arbeitnehmer

1 Nikisch aaO. S.119 f

2 Nikisch aaO. S.121

3 Potthoff JW 1922, 551; Arbeitsrecht 1923, Sp.673

4 Harmsen, Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, Diss. (1925)

5 Harmsen aaO. S.97

6 Harmsen aaO. S.96, 101

schulde also nicht einzelne Arbeitsleistungen, sondern er habe das Seine getan, wenn er seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat, d.h. arbeitswillig und -fähig an der Arbeitsstätte erschienen ist¹. Durch die Unterstellung unter die Botmäßigkeit des Arbeitgebers ergebe sich für die Zurechenbarkeit des Zufalls, daß aufgrund des Satzes "casum sentit dominus" der Arbeitgeber das Risiko trage, vom Zufall daran gehindert zu werden, von der zur Verfügung gestellten Arbeitskraft Gebrauch machen zu können. Der Arbeitgeber müsse also grundsätzlich in Fällen von Betriebsstockungen den Lohn zahlen². Komme man zu einem anderen Ergebnis, so heiße dies, denjenigen, der seine Arbeitskraft verdingt, schlechter zu stellen als den, dessen Pferd vermietet sei³.

Dieses Ergebnis besitze jedoch keine Geltung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstockungen: Bei einem Teilstreik entfalle der Lohnanspruch der Arbeitswilligen wegen der durch die Einheit des Betriebes begründeten solidarischen Haftung der Arbeitnehmer⁴. So werde das unerträgliche Ergebnis vermieden, daß wenige Arbeitnehmer den Betrieb stilllegen könnten und der Arbeitgeber den Streik noch selbst finanzieren müßte⁵.

Im Falle einer durch einen Streik in einem fremden Betriebe hervorgerufenen Betriebsstockung kam Potthoff wegen der kollektiven Verbundenheit aller Arbeitnehmer in jedem Fall zu einem Lohnverlust⁶. Harmsen dagegen erkannte eine der-

1 Potthoff Arbeitsrecht 1923, Sp.676

2 Potthoff JW 1922, 552; Arbeitsrecht 1923, Sp.676; Harmsen aaO. S.102, 118

3 Potthoff JW 1922, 553

4 Potthoff JW 1922, 554; Arbeitsrecht 1923, Sp.677; Harmsen aaO. S.110

5 Potthoff JW 1922, 554

6 Potthoff JW 1922, 554; Arbeitsrecht 1923, Sp.681

artige Gemeinschaft über den Betrieb hinaus grundsätzlich nur innerhalb einer Organisation an. Wenn Arbeitswillige und Streikende verschieden organisiert seien, liege eine Einheit nur vor, wenn ein gemeinsamer Spitzenverband bestehe, zu dessen satzungs- oder Übungsgemäßen Aufgaben eine Einwirkung auf Kampfhandlungen gehöre¹.

VII Die Ansicht Huecks

Zur Frage der Lohnzahlung bei Betriebsstockungen vertrat Hueck² folgende Ansicht: Eine rein dialektische Betrachtung der Frage, ob Annahmeverzug oder Unmöglichkeit vorliege, führe zu keinem Ergebnis, da sich formal-logisch beide Ansichten begründen ließen³. Daher bleibe nur übrig, auf die zugrunde liegenden sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse zurückzugreifen und aus allgemeinen Rechtsgedanken die Entscheidung zu suchen⁴. Der Arbeitgeber sei derjenige, der die Produktionsmittel im Betrieb organisiert habe und der in erster Linie aus dem Unternehmen den Gewinn ziehe. Da somit die den Betrieb betreffenden Ereignisse in seine Rechtssphäre fielen, erscheine es billig und in Einklang mit allgemeinen Privatrechtsgrundsätzen, ihn für derartige Ereignisse die Gefahr tragen zu lassen, also auf die frag-

1 Harmsen aaO. S.111 f

2 Hueck JW 1923, 831; Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd.I (1926), 340 ff; ARS 3 (RAG), 123; ARS 3 (LAG), 132; ARS 7 (RAG), 474; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.227 ff

3 Hueck JW 1923, 831; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.229 f

4 Hueck JW 1923, 831; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.230

lichen Fälle die Regeln über den Annahmeverzug anzuwenden¹. Hinzu komme, daß es für den Arbeitgeber nicht unangemessen sei, in guten Zeiten Rücklagen für Betriebsstörungen zu bilden, da der Betrieb nicht nur Erwerbsquelle für den Arbeitgeber sei, sondern auch für die Arbeitnehmer eine Erwerbsquelle bedeute, die ihnen nicht willkürlich genommen werden dürfe².

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Lohnzahlung sei im Falle des Teilstreiks geboten, einmal aus praktischen Gründen, um es nämlich den Arbeitnehmern nicht zu ermöglichen, den Arbeitskampf teilweise durch den Arbeitgeber finanzieren zu lassen³, und zum anderen mit Rücksicht auf die Solidarität der Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer seien durch das Betriebsrätegesetz und - auch über den Betrieb hinaus - in Berufsvereinen zusammengeschlossen. Durch die rechtliche Anerkennung dieser Organisationen genossen die Arbeitnehmer eine sehr viel günstigere Stellung als früher. Dann könne das kollektive Moment aber auch zum Nachteil der Arbeitnehmer verwendet werden, wenn ihnen nämlich die von ihren Mitarbeitern vorgenommenen Handlungen in gewissem Umfang zugerechnet würden. Der den Betrieb störende Teilstreik stamme aus der Sphäre der Arbeitnehmer, die durch ihn verursachten Schäden könnten nicht vollständig dem Arbeitgeber aufgebürdet werden.

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.230
Die Anwendung der Regeln über den Annahmeverzug rechtfertigt es nicht, Hueck der Annahmeverzugslehre zuzurechnen da die Erwähnung des § 615 BGB nur dazu dient, ein ausschließlich auf andere Weise gefundenes Ergebnis in das Bürgerliche Gesetzbuch einzugliedern.

2 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.230

3 Hueck JW 1923, 831; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.230

Man habe in diesem Fall also die Unmöglichkeitregeln, § 323 BGB, anzuwenden¹.

Das gleiche gelte bei einer Betriebsstörung wegen eines Streiks in einem anderen Betrieb. Auch hier sei die Rücksicht auf die - wie die Gewerkschaften zeigten - überbetriebliche Solidarität der Arbeitnehmer entscheidend. Daran ändere sich auch nichts, wenn die Streikenden einer anderen Gewerkschaft angehörten oder nicht organisiert seien, da einmal die Gewerkschaften die Möglichkeit gegenseitiger Einwirkung hätten und es sich zum anderen um die Folgen handle, die der kollektive Zusammenschluß der Arbeitnehmer mit sich bringe und die deshalb ganz allgemein der Arbeitnehmerseite aufzubürden seien².

II Die Lehre von der Betriebsgemeinschaft

1 Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht, das zu Zeiten des gemeinen Rechts die Lehre von der Unmöglichkeit vertrat³, versagte in dem bekannten Urteil zum Kieler Straßenbahnerstreik⁴ den Beschäftigten des Straßenbahnbetriebes den Lohnanspruch, weil ein

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.231 f
Ähnlich ist die unten (S.32 ff) dargestellte Ansicht des Reichsarbeitsgerichts, welches - bei Teilstreiks - auch den Sphärengedanken und die Belegschaftssolidarität heranzieht; Hueck lehnte aber gerade den Grundgedanken der Rechtsprechung, die Anerkennung einer sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Belegschaft und Arbeitgeber ab, vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 3./5.Aufl., Bd.I (1931), S.232.

2 Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd.I (1926), S.345; ARS 7 (RAG) 475; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3./5.Aufl. Bd.I (1931), S.232

3 RGZ 3, 179; vgl. hierzu oben, S.4

4 RGZ 106, 272

Teilstreik der Arbeitnehmer im betriebseigenen Kraftwerk den Betrieb stillgelegt hatte. In der Begründung beschriftet es neue Wege:

Man dürfe, um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch betrachte nämlich - obwohl es auch sozialen Bedürfnissen Rechnung trage, etwa in §§ 617 ff BGB - nur das Rechtsverhältnis jedes einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber, stehe also auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen beherrsche der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, es handle sich also nicht mehr um das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft. Mit dem auch weiterhin notwendigen Arbeitsvertrag trete der einzelne Arbeitnehmer in die Gesamtorganisation des Betriebes ein, dessen Ergebnis im gemeinschaftlichen Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen werde. Auf diesem Gedanken der gemeinschaftlichen Arbeit beruhe insbesondere das Betriebsrätegesetz, das den Betriebsvertretungen eine weitgehende Mitwirkung auch in bezug auf Betriebsleitung und Betriebsleistung eingeräumt habe. Als lebendige Glieder der Arbeitsgemeinschaft müßten aber bei einem Versagen der Arbeitsgemeinschaft, das nicht vom Arbeitgeber ausgeht, die Arbeitnehmer die Folgen mittragen. Weil ferner der Betrieb und seine Erträge die Grundlage für die Lohnzahlungen bildeten, sei es selbstverständlich, daß es dem Unternehmer nicht zugemutet werden könne, für eine Lohnzahlung aus anderen Mitteln zu sorgen, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft der Betrieb stillgelegt werde und die Betriebseinnahmen versiegt¹. Auch wenn das Versagen der

1 RGZ 106, 275 f

Arbeitsgemeinschaft nur von einem Teil der Arbeitnehmer ausgehe, so handle es sich doch nicht um eine Haftung der Arbeitswilligen für die Streikenden, sondern darum, daß mit der durch einen Teil der Arbeiterschaft verursachten Betriebsstillegung die Grundlage für die Lohnzahlung ganz allgemein weggefallen sei¹. Wollte man anders entscheiden, so ergäben sich insofern unmögliche Zustände, als ein kleiner Teil der Arbeiterschaft den ganzen Betrieb stilllegen könnte und der Arbeitgeber allen anderen Arbeitnehmern Lohn zahlen müßte, obwohl diese nur deshalb nicht arbeiten könnten, weil ihre Genossen streikten².

Dieses Ergebnis, das von den Verhältnissen größerer Betriebe ausgehe und deshalb nur auf solche anzuwenden sei³, lasse sich aber auch ohne Schwierigkeiten den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einfügen, da den Arbeitswilligen durch die streikbedingte Betriebsstockung die Leistung der versprochenen Dienste unmöglich geworden sei, sie somit gemäß § 323 BGB ihren Lohnanspruch verlören⁴.

2 Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts

Das Reichsarbeitsgericht schloß sich in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1928⁵ der soeben besprochenen Auffassung des Reichsgerichts an.

Die Arbeiter einer Glashütte hatten auf Lohnzahlung für die Zeit geklagt, in der wegen eines in der mitteldeutschen Braunkohlenindustrie ausgebrochenen Streiks Kohlemangel eingetreten war und die Arbeit hatte ausgesetzt werden müssen.

1 RGZ 106, 276

2 RGZ 106, 276

3 RGZ 106, 277

4 RGZ 106, 276

5 RAG ARS 3, 116

Das Reichsarbeitsgericht, das im Ergebnis zu einer erneuten Entscheidung zurückverwies, stellte für Fälle unverschuldeter Betriebsstörungen folgende Grundsätze auf: Die Lösung sei dem modernen Arbeitsrecht und dem modernen Arbeitsverhältnis zu entnehmen. Der individualistische Standpunkt der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches besitze wegen der mittlerweile erfolgten rechtlichen Anerkennung der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft nicht mehr seine ursprüngliche Bedeutung. Der einzelne Arbeiter stehe dem Arbeitgeber und dem Betrieb nicht mehr als Einzelarbeiter gegenüber, er werde vielmehr zum organischen Mitglied des Betriebs, indem er zunächst in die Arbeitnehmerschaft, durch sie in eine Verbundenheit mit dem Betriebe selbst und so mittelbar mit dem Arbeitgeber, dem Unternehmer, eintrete. Damit hätten sich Stellung und Aufgaben des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebe geändert, er habe aufgrund des Arbeitsvertrages nicht nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sondern es bestehe die Pflicht, mit ihr dem Betrieb und seinen Zwecken zu dienen und zur Erhaltung und Wirtschaftlichkeit beizutragen. Damit seien gleichzeitig die Rechte der Arbeitnehmerschaft auf eine unterstützende Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes ausgedehnt. Diesen erweiterten Rechten ständen naturgemäß erweiterte Pflichten, nämlich die Mittragung einer gewissen Verantwortlichkeit für den Betrieb, gegenüber; die Arbeitnehmerschaft und mit ihr der einzelne Arbeitnehmer könne die Folgen von Betriebsstörungen nicht einfach ablehnen, da mit der Mitwirkung an der Leitung des Betriebes eine Mittragung der Gefahren ohne weiteres verbunden sei. Daß der Arbeitnehmer am Vermögen und in der Regel am Ertrag eines Betriebes keinen Anteil habe, wirke sich dahin aus, daß der Gefahrenkreis für ihn ein beschränkter sei¹.

1 RAG ARS 3, 120 f

Wie weit die Haftung der Arbeitnehmer gehe - eine Frage, die das Reichsgericht nicht allgemein beantwortet hatte -, entscheidet das Reichsarbeitsgericht mit dem Sphärengedanken¹: Aus den §§ 323 ff BGB könne der allgemeine Rechtsgedanke entnommen werden, daß die Folgen von Ereignissen, die eine Betriebsstörung verursachen, den träfen, der diese Ereignisse zu vertreten habe. Zu vertreten habe jeder Teil nicht nur sein Verschulden, sondern alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahr falle. Hierbei sei letzten Endes aus § 242 BGB zu entscheiden. Beispielsweise ergebe sich aus der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander, daß die Gefahr solcher Ereignisse, die auf organisiertem, wie das Reichsarbeitsgericht später klarstellte² - Verhalten der Arbeitnehmerschaft selbst beruhten, von den Arbeitnehmern, auch soweit sie an diesen nicht beteiligt waren, getragen werden müsse, etwa im Falle des Teilstreiks³. Auch mit dieser Anerkennung der Belegschaftssolidarität ging das Reichsarbeitsgericht über die Ansicht des Reichsgerichts, das noch ausdrücklich abgelehnt hatte, von einer Haftung der Arbeitswilligen für die Streikenden zu sprechen⁴, hinaus.

In der erneuten Befassung mit diesem Fall⁵ bezeichnete das Reichsarbeitsgericht eine Erweiterung der Belegschaftssolidarität zu einer Verbundenheit aller Arbeitnehmer - mit der Folge des Lohnverlustes bei einer Betriebsstörung wegen eines Streiks in einem fremden Betrieb - als "sehr wohl im Bereich der Möglichkeit" liegend, ließ dies jedoch dahin-

1 RAG ARS 3, 121

Dieser Gedanke wurde bereits u.a. von Oertmann verwendet, der mit dem Prinzip der "Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis" eine Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit vornahm, vgl. oben S.17.

2 RAG ARS 10, 524

3 RAG ARS 3, 122

4 RGZ 106, 276

5 RAG ARS 7, 467

stehen¹. Es gelangte zum gleichen Ergebnis, indem es ausführte, daß es bei den durch einen unvorhersehbaren Streik in einem fremden Betrieb herbeigeführten, fast an höhere Gewalt heranreichenden Umständen des zu entscheidenden Einzelfalles gegen Treu und Glauben verstoßen würde, durch die Lohnzahlung die gesamte Gefahr auf den Unternehmer abzuwälzen².

Noch in einem weiteren Urteil³ bestätigte das Reichsarbeitsgericht zwar die Ausführungen seiner grundlegenden Entscheidung⁴, leitete sein Ergebnis jedoch nicht aus diesen Grundsätzen ab, sondern stützte die Begründung auf Besonderheiten des Einzelfalles: Bei einem Lohnkampf in der rechtsrheinischen Textilindustrie hatten die Gewerkschaften zunächst die besser beschäftigten Betriebe bestreikt, worauf der Arbeitgeberverband alle Textilarbeiter aussperrte. Mangels Meisterarbeit konnten nach kurzer Zeit die Meister der einzelnen Betriebe nicht mehr beschäftigt werden, da sie andere Tätigkeiten als Streikarbeit ablehnten⁵. Das Reichsarbeitsgericht verneinte den Lohnanspruch der Meister, da diese sich durch die Verweigerung der Streikarbeit - auch falls dies rechtmäßig geschehen sei - auf seiten der Streikenden gestellt hätten und daher auch die Nachteile der Parteinahme auf sich nehmen müßten⁶.

3 Die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte

In ihren Entscheidungen - soweit sie Veröffentlichung fanden - zur Frage arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen knüpften

1 RAG ARS 7, 472

2 RAG ARS 7, 474

3 RAG ARS 5, 32

4 RAG ARS 3, 116

5 Der Tatbestand findet sich in dem vorinstanzlichen Urteil LAG Elberfeld ARS 3, 127.

6 RAG ARS 5, 33

die Landesarbeitsgerichte an die Rechtsprechung von Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht an.

So trug das Landesarbeitsgericht Elberfeld¹ kein Bedenken, von der Ansicht des Reichsgerichts auszugehen; Unterschiede im Tatbestand würden - so meinte das Landesarbeitsgericht - jedoch ein Fortschreiten über dieses Urteil hinaus erfordern, da erst die Aussperrung im betreffenden Betrieb, der vorher, im Gegensatz zu anderen Betrieben im Kampfgebiet, noch nicht bestreikt worden war, die Arbeitsmöglichkeit habe entfallen lassen. Dies rechtfertige aber keine andere Entscheidung als in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, da eine wirtschaftliche Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft - für die sich die Bezeichnung Solidarität aber nicht empfehle² - über den einzelnen Betrieb hinaus bestehe. Dies zeige sich vor allem auf dem Gebiet der Lohnregelung, wo die tägliche Erfahrung lehre, daß eine von der Arbeitnehmergruppe erkämpfte Lohnerhöhung sehr bald mittelbar anderen Arbeitnehmergruppen zugute komme. Dies werde vielfach von den Führern der Arbeitnehmerschaft ausgenutzt, um einen Lohnkampf möglichst billig durchzuführen³.

Diese Verbundenheit bestehe jedoch nicht unbeschränkt, vielmehr müßten noch äußere Umstände hinzukommen. Im vorliegenden Fall habe das gemeinsame Band, das die Arbeitnehmer aller kampfbetroffenen Betriebe zusammengeschlossen habe, darin bestanden, daß für alle Textilarbeiter des Bezirks, auch für die in den nicht bestreikten Betrieben, höhere Löhne erkämpft werden sollten. Daher sei es gerechtfertigt, alle Textilbetriebe im betreffenden Industriebezirk gleich einem einzigen Betrieb zu betrachten⁴.

1 LAG Elberfeld ARS 3, 128

Der zugrundeliegende Sachverhalt wurde bereits oben, S. 35, in Zusammenhang mit der Revisionsentscheidung RAG ARS 5, 32 wiedergegeben.

2 LAG Elberfeld ARS 3, 130

3 LAG Elberfeld ARS 3, 129

4 LAG Elberfeld ARS 3, 130 f

Zwar habe erst die Aussperrung die Stilllegung des betreffenden Betriebes unmittelbar verursacht, die Aussperrung sei jedoch nur eine Folge des Streikvorgehens der Arbeitnehmerführer gewesen, so daß die auf die Betriebsstilllegung hin "treibende Kraft" in erster Linie - und damit mittelbare Ursache - der durch die Arbeitnehmerorganisation beschlossene Streik gewesen sei. Da also beide Kampfmaßnahmen mitbestimmend gewesen seien, sei dem Kläger bei einer mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Arbeitsrechts erfolgenden Auslegung des § 323 BGB die Arbeit durch einen Umstand unmöglich geworden, den keine Partei zu vertreten habe; somit sei der Lohnanspruch entfallen¹.

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt a.d.Oder² hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Arbeitsstilllegung in einer Glashütte wegen eines Streiks in einer Braunkohlengrube eingetreten war. Beide Betriebe waren geographisch nur geringfügig voneinander entfernt und standen unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung; die Grube beschränkte sich darauf, den gesamten Kohlenbedarf der Glashütte zu decken. Das Landesarbeitsgericht wies nun die Lohnklage einiger Hüttenarbeiter ab, indem es sich ohne eigene Begründung der Ansicht anschloß, daß ein Teilstreik in den Gefahrenbereich der Arbeiterschaft falle, diese insofern das Betriebsrisiko zu tragen hätte, Der vorliegende Fall sei - so das Landesarbeitsgericht - dem des Teilstreiks gleichzustellen, da es keinen Unterschied machen könne, ob es sich um verschiedene Betriebsabteilungen in einem Betrieb oder um zwei einheitlich geleitete, wirtschaftlich und technisch aufeinander abgestellte Betriebe handle³.

Das Landesarbeitsgericht Jena⁴ schließlich vertrat auf der Grundlage der reichsgerichtlichen und reichsarbeitsgericht-

1 LAG Elberfeld ARS 3, 131 f

2 LAG Frankfurt a.d.O. ARS 5, 30

3 LAG Frankfurt a.d.O. ARS 5, 31

4 Als Vorinstanz inhaltlich wiedergegeben im Tatbestand des Urteils RAG ARS 7, 467 (469 f)

lichen Rechtsprechung die Überzeugung, daß wegen einer überbetrieblichen Solidarität die Arbeitnehmer auch die Gefahr solcher Ereignisse zu tragen hätten, die auf dem Verhalten der Arbeiterschaft eines fremden Betriebes beruhten. Die Arbeitnehmerschaft sei nämlich nicht nur durch das Betriebsrätegesetz zu einem kollektiven Körper zusammengeschlossen, sondern auch über den Betrieb hinaus in Berufsvereinen organisiert. Zweck dieser Organisationen sei die kollektive Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmerschaft gegenüber der gegnerischen Gruppe der Arbeitgeber. Wer aber die Vorteile des kollektiven Zusammenschlusses genieße, müsse auch dessen Nachteile tragen. Ferner pflege ein erfolgreicher Streik sich auch zugunsten der Arbeitnehmer anderer Industriesparten auszuwirken, so daß es unbillig sei, dem Arbeitgeber, der schon durch den Arbeitsausfall und die zukünftigen Lohnerhöhungen belastet werde, auch noch zur Lohnzahlung zu verpflichten.

IX Die Behandlung der Betriebsrisikofrage unter der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934 hatte auf die Lehre vom Betriebsrisiko Auswirkungen in mehrfacher Hinsicht. Einmal wurde - von der Literatur wohl früher als vom Reichsarbeitsgericht - die Sphärentheorie in der Begründung, nicht aber im Ergebnis aufgegeben, da das als Gemeinschaftsverhältnis zwischen Unternehmer und Gefolgschaftsmitgliedern verstandene Arbeitsverhältnis nur einen einzigen Gefahrenkreis, nämlich den der Betriebsgemeinschaft, zulasse. Für sämtliche Störungen aus diesem Bereich habe der Unternehmer entsprechend seiner Stellung als Betriebsführer und mit Rücksicht auf die ihn treffende Fürsorgepflicht (vgl. § 2 AOG) grundsätzlich aufzukommen. Nur bei besonderen Umständen, etwa einer Gefährdung des Betriebes, könne sich für das Gefolgschaftsmitglied aus der Betriebs-

verbundenheit und dem Treuegedanken sowie wegen des allgemeinen Volksinteresses an der Erhaltung der Betriebe eine Pflicht zur Mittragung des Betriebsrisikos ergeben¹.

Ferner hörten Fälle streikbedingter Betriebsstörungen auf, Gegenstand von Entscheidungen oder wissenschaftlichen Erörterungen zu sein, da ein Arbeitskampf - als mit den Grundgedanken des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit unvereinbar - nicht mehr in Betracht kam².

B Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur seit 1945

Die in den ersten Nachkriegsjahren aktuellen Betriebsrisikofälle beruhten überwiegend auf zeitbedingten Erscheinungen, wie etwa Tieffliegerbeschuß in den letzten Kriegstagen³, Arbeitsverbot durch die Besatzungsmacht⁴ oder langanhaltendem Rohstoff- und Energiemangel⁵. Soweit neue Lösungswege beschritten wurden, sind sie auf geordnete wirtschaftliche Verhältnisse schwerlich übertragbar, wie etwa die vorgeschlagene zeitliche Teilung des Betriebsrisikos⁶. Da arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen keine Erörterung fanden, ist eine Darstellung des Meinungsstandes in dieser Zeit entbehrlich⁷.

In der Folgezeit wurden die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit anzutreffenden Lösungsversuche wiederbelebt; keine Vertreter fanden nur

1 RAG ARS 41, 49 f; ARS 43, 24; Stoll DAR 1934, 203 f; Staudinger-Nipperdey, BGB, 10. Aufl. (1939), § 615 Anm. 6b

2 Vgl. Hueck, Deutsches Arbeitsrecht (1939), S. 113

3 LAG Stuttgart AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 3

4 LAG Hamburg BE 1950, 507

5 Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. I (1955), S. 491

6 LAG Hamburg MDR 1948, 13

7 Eine solche Übersicht über die Rechtsprechung findet sich bei Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S. 36 - 70.

die Lehre von der Vertragsauslegung¹, die Kaskel'sche Lehre von der Substratbeschaffungspflicht² und die personenrechtliche Theorie³, die sämtlich bereits früher keine zentrale Stellung im allgemeinen Meinungsstreit hatten einnehmen können.

I Die Unmöglichkeitstheorie

Die Lehre von der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, die ja bis zum Ersten Weltkrieg herrschend war⁴, fand - soweit ersichtlich - nur einmal erneute Verwendung. Das Landesarbeitsgericht Hamburg⁵ wies den Lohnanspruch einer Arbeitswilliger ab, weil ihr wegen eines Streiks in Versorgungsbetrieben die Leistung der Dienste, die ihr nach dem Arbeitsvertrag oblagen, unmöglich geworden sei. Eine Begründung dieser Ansicht wurde nicht gegeben, wohl aber ausgeführt, daß auch arbeitsrechtliche Gesichtspunkte zum gleichen Ergebnis führten.

II Die Annahmeverzugslehre

Mehr Anhänger fand, vor allem bis zu den Betriebsrisikoentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1957⁶, die Lehre vom Annahmeverzug des Arbeitgebers, wenngleich sie die beherrschende Stellung, die sie in der Literatur

1 Siehe oben, S.22 f

2 Siehe oben, S.23 f

3 Siehe oben, S.26 ff

4 Siehe oben, S.4 ff

5 LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, Bl.1 R

6 BAG AP Nr.2, 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

der Vorkriegszeit eingenommen hatte¹, zu keiner Zeit wiedererlangen konnte. Soweit eine dogmatische Begründung gegeben wurde, wurde an die frühere Literatur angeknüpft: Von einer Unmöglichkeit der Arbeitsleistung könne nicht gesprochen werden, weil die nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages geschuldete Arbeitsleistung nur unter der Voraussetzung der Mitwirkung des Arbeitgebers zu einer Erfüllung führen solle, es genüge also zur Begründung eines Annahmeverzuges, wenn der Arbeitnehmer mit der Arbeitsbereitschaft seinen Leistungsanteil erbracht habe².

Bei arbeitskampfbedingten Betriebsstockungen wurde die Annahmeverzugslehre nie konsequent durchgeführt, sondern es wurden stets für diesen Fall Ausnahmen gemacht.

1 Die Lehre vom kollektiven Angebot

In Fortführung dieser früher verbreiteten Lehre³ verneinten Hoeniger, Schmidt und Hessel⁴ einen Gehaltsanspruch Arbeitswilliger im Falle eines Teilstreiks. Der Arbeitsvertrag sei zwar ein individualrechtliches Phänomen, das aus seiner Vollziehung resultierende Arbeitsverhältnis werde jedoch im wesentlichen bestimmt von betrieblichen Ordnungsprinzipien, die kollektiver Rechtsnatur seien. Daraus folge, daß der Leistungswille des einzelnen Arbeitnehmers ohne Einordnung in die gemeinsame Gesamtleistung aller Arbeitnehmer und ohne sinnvolle Abstimmung mit dieser überhaupt kein taugliches Leistungsangebot darstelle. Das kollektive Element

1 Siehe oben, S.8 ff

2 König RdA 1948, 57; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5.Aufl. (1957), S.169

3 Siehe oben, S.21 f

4 Hoeniger BB 1955, 39 f; Schmidt, Die Verflechtung von kollektivem und individuellem Arbeitsrecht, Diss. (1958), S.35 f; Hessel DB 1958, 837 f

der betrieblichen Ordnungsprinzipien wirke sich also im Verhältnis der einzelnen Arbeitnehmer untereinander so aus, daß sie nur noch gemeinsame Leistung anbieten könnten¹.

2 Die Lehre vom arglistigen Angebot

Nach dieser Ansicht, die sich auch bereits in der Zeit vor 1945 fand², ist zu prüfen, ob die "arbeitswilligen" Arbeitnehmer ihre Dienste nicht nur zum Schein anböten³, bzw. ob es sich um Gesinnungsgenossen der Streikenden handle, die beim Teilstreik eine Minderheit als "Brechtstange" benützten⁴. Wenn dies der Fall sein sollte, sei der Lohnanspruch zurückzuweisen.

König geht einen - auch bereits vorgezeichneten⁵ - Schritt weiter⁶: Zwar sei ein Annahmeverzug gegenüber den Arbeitswilligen nur dann ausgeschlossen, wenn Anhalt dafür bestehe, daß diese mit den Streikenden zusammenhängen, und der Streik nur deshalb begrenzt geführt werde, um die finanzielle Hauptlast des Arbeitskampfes dem Arbeitgeber aufzubürden. Bei einem Teilstreik - nicht bei einem Streik in einem Drittbetrieb - müsse nach der Lebenserfahrung jedoch davon ausgegangen werden, daß die Arbeitswilligen mit den Streikenden sympathisierten. Es sei daher vor den Arbeitnehmern der Nachweis zu erbringen, daß sie den Streik nicht billigten und ernsthaft zur Arbeit bereit seien.

1 Hessel DB 1958, 838

2 Siehe oben, S.15 ff

3 Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5.Aufl. (1957), S.169

4 Böttcher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung im kollektiven Arbeitsrecht (1956), S.13; Hueck-Ripperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.2 (1957), S.617 Fn.48

5 Siehe oben, S.17

6 König RdA 1948, 60

3 Die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit

Wenn der Lohnanspruch der Arbeitswilligen nicht bereits entfalle, weil diese Gesinnungsgenossen der Streikenden seien, besteht nach Ansicht Böttchers¹ und nach einer zeitweise von Nipperdey² vertretenen Auffassung für den Arbeitgeber nur eine Möglichkeit, der Lohnzahlungspflicht zu entgehen, nämlich die Aussperrung der Arbeitswilligen. Es sei ihm zuzumuten, diese ihm durch den Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955³ eingeräumte Möglichkeit zu nutzen und die Arbeitswilligen ohne Einhaltung einer Frist auszusperrern; es handle sich dabei um eine im Rahmen der Kampffreiheit liegende, legitime Maßnahme. Tue der Arbeitgeber dies nicht, so sei er im Annahmeverzug und zur Lohnzahlung verpflichtet.

4 Die Ansicht Fikentschers

Fikentscher⁴ will den Sphärengedanken zur Auslegung der Begriffe Unmöglichkeit und Annahmeverzug verwenden⁵: Wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber beide die Dienstleistungen nicht vonstatten gehen lassen können, auch wenn sie es vielleicht wollten, weil ein den Vertragszweck vereitelndes Ereignis von außen eintrete, so liege Unmöglichkeit und damit ein Wegfall der Lohnzahlungspflicht vor. Wollten und könnten dagegen die Arbeitnehmer arbeiten, nur der Arbeitgeber wolle oder könne die Dienstleistung nicht annehmen, so liege Annahmeverzug mit der Folge des § 615 BGB

1 Böttcher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung im kollektiven Arbeitsrecht (1956), S.13

2 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.II (1957), S.617

3 BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf

4 Fikentscher, Schuldrecht, 4.Aufl. (1973), § 79 II 4 e S.474; vgl. auch Mühlen, Die Schädigung von Drittbetrieben im Arbeitskampf, Diss. (1967), S.74

5 Insoweit besteht eine Verwandtschaft mit der Certeauschen Lehre von der Verantwortlichkeit d.eigenen Rechtskreis, sS.17 f

vor. Diese Unterscheidung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug beinhalte notwendig eine Aufteilung der Hinderungsgründe in die Sphären von Gläubiger und Schuldner¹. Dem § 615 BGB unterfielen die Fälle verhinderter Erbringung der Dienstleistung, in denen die Arbeitnehmer zwar leisten wollten und, das Hindernis hinweggedacht, auch könnten, wo aber der Arbeitgeber die Dienste nicht annehmen wolle oder aus einem in seiner Sphäre liegenden Grund nicht annehmen könne, etwa bei mangelnder Kohle- oder Stromversorgung². Wenn dagegen ein Teilstreik Arbeitnehmer und Arbeitgeber hindere, die Arbeit fortzuführen, so sei Unmöglichkeit gegeben, da das Ereignis nicht aus der Sphäre des Arbeitgebers stamme, sondern für beide Parteien von außen komme³.

5 Die Ansicht Spaeths

Ausgehend von der Annahmeverzugslehre schlug Spaeth⁴ für Fälle streikbedingter Betriebsstörungen folgende Lösung vor: Der Arbeitnehmer sei stillschweigend vertraglich verpflichtet, alles ihm generell Zumutbare zu tun, um seine Arbeitsleistung möglich und sinnvoll zu machen. Hierzu gehöre, nach besten Kräften dafür zu sorgen, daß der Betrieb durch Streiks nicht gestört werde. Komme er dieser auf Angehörige der gleichen gewerkschaftlichen Dachorganisation bzw. auf Arbeitnehmer im Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers beschränkten Einwirkungspflicht nicht nach, so liege Leistungsunmöglichkeit mit der Folge des § 323 BGB vor.

¹ Fikentscher, Schuldrecht, 4.Aufl. (1973), § 79 II 4 S.470

² Fikentscher, Schuldrecht, 4.Aufl. (1973), § 79 II 4 e S.474; diese Ausführungen rechtfertigen die Zurechnung zur Annahmeverzugslehre.

³ Fikentscher, Schuldrecht, 4.Aufl. (1973), § 79 II 4 c S.472

⁴ Spaeth, Die normative Sphärentheorie, Diss. (1953), S.233 f; 331 ff

I Die Ansicht Nikischs

Nikisch führte seine bereits früher begründete¹ Ansicht fort:

Die Antwort auf die Frage der Lohnzahlungen bei Betriebsstörungen sei dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses zu entnehmen. Der Arbeitnehmer stelle seine Arbeitskraft zur Verfügung und werde hierfür entlohnt, d.h. auch wenn der Arbeitgeber bei Betriebsstörungen von der Arbeitskraft keinen Gebrauch machen könne, so habe er dennoch die versprochene Leistung erhalten und müsse - gemäß § 611 BGB - den Lohn zahlen². Wenn - wie üblich - der Lohn sich nach der geleisteten Arbeit berechne, habe der Arbeitnehmer Anspruch auf den der betriebsüblichen Arbeitszeit entsprechenden Lohn, denn hiervon seien die Parteien beim Vertragsschluß ausgegangen und diesen Inhalt habe das Arbeitsverhältnis durch die betriebliche Übung empfangen³. Zwar spreche § 611 BGB davon, daß der Arbeitnehmer Dienste zu leisten habe, der Gesetzgeber habe jedoch keine klare Einsicht in das Wesen des Arbeitsverhältnisses im heutigen Sinne gehabt⁴. Schließlich dürfe der Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden als der Vermieter einer Sache, dem § 552 BGB ausdrücklich auch dann einen Mietzinsanspruch gewähre, wenn der Mieter von der Mietsache keinen Gebrauch machen könne⁵.

Von dem Grundsatz der Lohnzahlung sei jedoch für den Fall streikbedingter Betriebsstörungen eine Ausnahme zu machen⁶.

1 Siehe oben, S.24 ff

2 Nikisch SJZ 1948, Sp.16; Arbeitsrecht, 1.Aufl. (1951), S.182 f; Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.492; SAE 1957, 171; AP Nr.15 (Bl.4) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I. (1961), S.599; ebenso Gross in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts (1957), IV, S.114 f; vgl. ferner Einhorn Die Arbeit 1948, 86

3 Nikisch, Arbeitsrecht, 1.Aufl. (1951), S.182 f; Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.493

4 Nikisch SAE 1957, 171

5 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.492 Fn.23; SAE 1957, 171

6 Nikisch, Arbeitsrecht, 1.Aufl. (1951), S.184 f; Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.497 ff; SAE 1957, 172; Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.605 ff

Dies rechtfertigte sich - so Nikisch - daraus, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht als einzelner gegenüberstehe, sondern als Mitglied der Betriebsbelegschaft und darüber hinaus als Mitglied einer sozialen Gruppe, die in den Gewerkschaften ihre rechtlich anerkannte Organisation gefunden habe. Machten die Gewerkschaften vom Streik als zugelassenem Mittel zur Herbeiführung einer tariflichen Regelung Gebrauch, so müßten auch nichtorganisierte, am Streik nicht beteiligte Arbeitnehmer die Lasten des Kampfes, dessen Erfolg ihnen ja auch regelmäßig zugute käme, auf sich nehmen. Für den Teilstreik trete noch die praktische Überlegung hinzu, daß andernfalls der Arbeitgeber gezwungen werden könnte, den Streik weitgehend selbst zu finanzieren¹.

Im Falle des wilden Streiks wurde von Nikisch anfangs die Lohnzahlungspflicht nur dann verneint, wenn die Arbeitnehmer mit den Streikenden gemeinsame Sache machten, da hier keine Gewerkschaften - als berufene Vertretungen der Arbeitnehmer - beteiligt seien². Dieses Ergebnis wurde später dadurch abgeschwächt, daß bei Interessengleichheit von Arbeitswilligen und Streikenden der erste Anschein für eine Streikunterstützung durch die Nichtbeteiligten spreche³, und wurde schließlich ganz aufgegeben, da der Lohnwegfall nun nicht mehr mit der Vertretungsfunktion der Gewerkschaften begründet wurde, sondern darauf gestützt wurde, daß in die Risikosphäre der Arbeitnehmer alle Betriebsstörungen fielen, die auf Kampfhandlungen von Arbeitnehmern zurückgingen. Man brauche - so die Begründung Nikischs - hierfür keine allgemeine Solidarität der Arbeitnehmer zu unterstellen, es genüge vielmehr die Einsicht, daß man den Arbeitgeber nicht für das verantwortlich machen könne, was von Arbeitnehmerseite auf dem Gebiete des Arbeitskampfes geschehe⁴.

1 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.496 f

2 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.498

3 Nikisch SAE 1957, 172

4 Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.606

Aus dem gleichen Grunde wurde auch die Ansicht, man dürfe arbeitswilligen Angestellten nicht beim Streik von Arbeitern den Gehaltsanspruch nehmen und sie auf diese Weise - soziologischen Gegebenheiten zuwider - zu einer einheitlichen sozialen Gruppe zusammenfügen¹, von Nikisch ausdrücklich aufgegeben².

Fälle des Wirtschaftsrisikos, etwa Absatzmangel, dürften nach Ansicht Nikischs den Betriebsrisikofällen nicht gleichgestellt werden, da sie einen wesentlich anderen Sachverhalt darstellten, sich nämlich im Bereich des Unternehmens abspielten und nur Rückwirkungen auf den Betrieb hervorrufen könnten. Der Unternehmer müsse wie jeder andere für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einstehen; es gehe nicht an, die Arbeitnehmer schlechter zu behandeln als Lieferanten des Unternehmers, zumal ihre Lohnforderungen im Konkurs sogar bevorzugt würden³.

IV Die Betriebsrisikolehre

Aus der Lehre Huecks⁴ entstand die heute weitaus herrschende Lehre, die am treffendsten als "Betriebsrisikolehre" bezeichnet wird. Gemeinsam ist den unter diesem Begriff zusammengefaßten Ansichten, daß sie dem Arbeitgeber grundsätzlich die Tragung des Betriebsrisikos zuweisen, d.h. eine Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstörungen bejahen. Dies geschieht unter Abkehr von den Vorschriften der Unmöglichkeit und des Annahmeverzugs, da das Bürgerliche Gesetz-

1 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.498

2 Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.606

3 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.499 f;
Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.608 f

4 Siehe oben, S.28 ff

buch insofern - nach Ansicht der Betriebsrisikolehre - eine Gesetzeslücke enthalte¹.

1 Die grundsätzliche Zuweisung des Betriebsrisikos

Für die Entscheidung, grundsätzlich dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko zuzuweisen², wird eine Vielzahl von Argumenten angeführt, teilweise werden auch mehrfache Begründungen gegeben.

-
- 1 BAG AP Nr.2 (Bl.1 R); Nr.3 (Bl.1 R); Nr.4 (Bl.1); Nr.15 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Ballerstedt AuR 1966, 227; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.84; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.90
 - 2 BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 611 BGB Lohnanspruch; AP Nr.2 (Bl.1 R); Nr.3 (Bl.1 R); Nr.4 (Bl.1); Nr.5 (Bl.1); Nr.14 (Bl.2 R); Nr.15 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32; LAG Hannover AP 1954, 102 f; LAG Kiel AP Nr.8 (Bl.1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; ArbG Kassel DB 1972, 1121; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd.II/2 (1952), S.190; Boldt, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V, Streik und Aussperrung (1961), S.117; Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2.Forts.-Blatt; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.44; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.10; Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.II (1971), § 34 III 2 S.220; Frey AuR 1958, 121; Galperin RdA 1949, 9; Gamillscheg, Prüfe Dein Wissen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1973), S.150; Halbach BABI 1958, 139; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.I (1957), S.321; Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I, (1963), S.352; Hueck AP Nr.2 (Bl.3 R); Nr.3 (Bl.3 R); Nr.4 (Bl.4 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Kauffmann DB 1957, 845; DB 1966, 33; Küchenhoff AuR 1965, 137; Natzel DB 1958, 572; Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.4; Richardi, Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.31; Schwerd, Kann das Betriebsrisikoproblem vom Gesetzgeber befriedigend gelöst werden? Diss. (1951), S.92 f; Söllner AcP 167 (1967), 141; Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.224; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 Anm.30; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.66; Staudinger-Weber, BGB, 11.Aufl. (1961), § 242 C 50; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.88

■ Allgemeine Grundgedanken des Arbeitsrechts und der
Wirtschaftsverfassung

Wie früher Hueck¹, sieht heute vor allem die Rechtsprechung² den Hauptgrund für die Belastung des Arbeitgebers mit der Lohnzahlungspflicht darin, daß der Arbeitgeber, der den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiere, diesen leite, die Verantwortung trage und die Erträge beziehe, seinen Arbeitnehmern dafür einzustehen habe, daß der Betriebsorganismus in Funktion bleibe und die Arbeitsmittel zur Verfügung ständen, die den Arbeitnehmern die Arbeitsleistung ermöglichen.

Weiterhin wird der Satz angeführt, daß der, der den guten Tropfen empfängt, den schlechten ebenfalls tragen müsse: Das Betriebsergebnis sei nach der Wirtschaftsverfassung im guten wie im schlechten Sinne Sache des Unternehmers³. Teilweise wird die Entscheidung über die Tragung des Betriebsrisikos auch darauf gestützt, daß derjenige, der die wirtschaftliche Initiative und das Entscheidungsrecht habe, auch die Verantwortung tragen müsse, daß also Herrschaft und Haftung korrelierten. Dieses Prinzip geht von der Erwägung aus, daß derjenige, der die wirtschaftliche Initiative und das Entscheidungsrecht habe, auch das Risiko beherrsche, also in der Lage sei, die Störung oder deren

1 Siehe oben, S.28 f

2 BAG AP Nr.2 (Bl.1 R); Nr.3 (Bl.2 R); Nr.5 (Bl.1 R); Nr.15 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Boldt, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V, Streik und Aussperrung (1961), S.117; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 Anm.30; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92

3 Galperin RdA 1949, 9; LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32; vgl. auch BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 611 BGB Lohnanspruch

schädigende Folgen abzuwenden¹. Daher habe nach der derzeitigen Wirtschaftsverfassung grundsätzlich der Unternehmer das Betriebsrisiko zu tragen.

b Sphärengedanke

Literarisch von Cертmann² mit seiner Lehre von der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis vorgezeichnet, war der Sphärengedanke bereits in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts³ entscheidender Gesichtspunkt bei der Verteilung des Betriebsrisikos. Er wurde auch vom Bundesarbeitsgericht aufgegriffen: Der Arbeitgeber habe das Betriebsrisiko zu tragen, wenn die Ereignisse, die die Arbeitsleistung unmöglich machten, aus dem Bereich des Unternehmers selbst, aus der von ihm beherrschten oder beeinflussten oder beeinflussbaren Gefahrenzone kämen. Er stehe also den Arbeitnehmern ein für Geschehnisse, die sich - sei es auch durch Zufall - in der Unternehmersphäre ereigneten⁴. Die Gefahrensphäre des Unternehmers könne jedoch auch über dessen eigentlichen Einflußbereich hinaus ausgedehnt werden, nämlich dadurch, daß der Unternehmer sich mit der Art des Betriebes in eine besondere Risikosphäre begeben⁵.

Auch in der Literatur⁶ findet der Sphärengedanke Verwendung. Während überwiegend auf eine Herleitung der Sphärentheorie

1 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.109 f

2 Siehe oben, S.17 f

3 RAG ARS 3, 121; vgl. hierzu oben, S.32 ff

4 BAG AP Nr.3 (Bl.3); Nr.15 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

5 BAG AP Nr.15 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

6 Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.91 f; Staudinger-Weber, BGB, 11.Aufl. (1961), § 242 C 52, 58

aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch verzichtet wird, findet sich teilweise der Hinweis auf ein dem § 279 BGB zugrundeliegendes Prinzip¹.

Söllner² dagegen gelangt zu diesem Ergebnis durch eine Übertragung des § 645 BGB auf den Arbeitsvertrag.

Küchenhoff schließlich ist der Ansicht, daß die Verteilung des Betriebsrisikos nach Maßgabe der Sphärentheorie aus der arbeitsrechtlichen Betriebsgemeinschaft zu begründen sei³.

c Arbeitsrechtliches Schutzprinzip

Eine von Wiedemann⁴ ausführlich begründete Ansicht - Anklänge lassen sich schon früher feststellen⁵ - teilt dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko mit Rücksicht auf das "arbeitsrechtliche Schutzprinzip" zu: Der Arbeitnehmer tausche mit seiner Eingliederung in den fremden Wirtschaftsbereich einen Teil seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit gegen die Sicherstellung seines Lebensunterhaltes ein. Der Mangel an eigenständiger Wirtschaftsplanung solle durch eine gewisse Garantie der Daseinsvorsorge ausgeglichen werden. Diesem Prinzip, das, wenn es auch nicht Rechtsnorm, so doch

1 Vgl. etwa Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92

2 Söllner AcP 167 (1967), 141 ff; Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.244; ebenso Richardi, Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.31 f; ZfA 1974, 14

3 Küchenhoff AuR 1965, 137; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.10; ähnlich Brox, Schuldrecht, 3.Aufl., Bd.I (1972), Rn.253 S.144: "Arbeitsgemeinschaft als Risikogemeinschaft"

4 Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.11 ff, 83 ff; RdA 1969, 333; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.88; Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), S.220; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben. Diss. (1972), S.43 ff

5 Schwerd, Kann das Betriebsrisikoproblem vom Gesetzgeber befriedigend gelöst werden? Diss. (1951), S.92; Staudinger-Weber, BGB, 11.Aufl. (1961), § 242 C 59; Tomandl AcP 164 (1964), 204; BAG AP Nr.15 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vgl. ferner bereits Stoll DAR 1934, 204

generalklauselartiges Leitbild sei und auf dem etwa die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, die Pflicht zur Urlaubsgewährung und die Pfändungsgrenzen für Löhne beruhten, würde es widersprechen, wenn der Arbeitgeber bei beiderseits nicht zu vertretenden Leistungsstörungen unter Hinweis auf § 323 BGB eine Lohnzahlung verweigern könnte.

1 Gewohnheitsrecht

Es findet sich schließlich die Ansicht¹, daß die Grundsätze der herrschenden Meinung über die Verteilung des Betriebsrisikos, d.h. dessen prinzipielle Zuweisung an den Arbeitgeber, Gewohnheitsrecht darstellten und damit einer weiteren dogmatischen Begründung nicht bedürften.

2 Betriebsstörungen, die auf einem gewerkschaftlichen Streik beruhen

Für Fälle streikbedingter Betriebsstörungen werden fast ausnahmslos Durchbrechungen des Grundsatzes, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage, vorgenommen. Differenzen bestehen innerhalb der Betriebsrisikolehre nur in der Frage, in welchem Verhältnis Streikende und Arbeitswillige zueinander stehen müssen, um einen Lohnwegfall zu rechtfertigen.

a Lohnverlust bei jeder streikbedingten Betriebsstörung

Nach der vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geprägten herrschenden Meinung innerhalb der Be-

1 Gamillscheg, Prüfe Dein Wissen - Arbeitsrecht, 3.Aufl. (1973), S.151; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.51; vgl. auch Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf, Referat (1965), S.4

etriebsrisikolehre¹ entfällt der Lohnanspruch der Arbeitswilligen stets, wenn ein Teilstreik oder ein Streik in einem Drittbetrieb die Arbeitsleistung verhindert.

Teilweise wird auch hier der Sphärengedanke zur Argumentation verwendet: Die Haftung des Arbeitgebers entfalle, da die Streiks aus der von ihm nicht beeinflussbaren Sphäre seiner sozialen Gegenspieler stammten², während für die Arbeitnehmer bei gewerkschaftlichen Streiks - auch wenn diese in Drittbetrieben stattfänden - wegen der einheitlichen Arbeitnehmerorganisationen die Möglichkeit einer Einflußnahme bestünde³.

-
- 1 BAG AP Nr.2 (Bl.2); Nr.3 (Bl.3); Nr.4 (Bl.1, 1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; AP Nr.39 (Bl.1 R); Nr.43 (Bl.8 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; LAG Frankfurt/M. AP 1952, 483; LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32; LAG Hannover AP 1954, 103; LAG Kiel AP Nr.8 (Bl.1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Ballerstedt AuR 1966, 231; Boehmer, Die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd.II/2 (1952), S.190; Boldt, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V, Streik und Aussperrung (1961), S.118; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.269; Bürger ArbGeb 1957, 474; Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2.Forts.-Blatt; Dietz AP 1954, 103 ff; JuS 1968, 9; Eisenstein, Die Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen (1963), S.73 f; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.13; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92; Halbach BABI 1958, 140; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.I (1957), S.321 f; Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.352 ff; Grundriß des Arbeitsrechts, 3.Aufl. (1965), S.276; Hueck AP Nr.2 (Bl.3 R); Nr.4 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Jaerisch JR 1958, 292; Kauffmann DB 1957, 845 ff; SAE 1957, 183 f; Müller DB 1957, 718; AuR 1972, 8; Natzel DB 1958, 573; Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.4; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.220; Schwerd, Kann das Betriebsrisikoproblem vom Gesetzgeber befriedigend gelöst werden? Diss. (1951), S.61 f; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.116; Söllner, Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.224; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 Anm.32 f; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68
- 2 BAG AP Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92
- 3 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.354; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.220

Überragender Gesichtspunkt ist jedoch der der Überbetrieblichen Solidarität der Arbeitnehmer¹. Inhaltlich ist wohl nichts anderes gemeint, wenn von einer allgemeinen Interessengemeinschaft² oder einer wirtschaftlichen Verbundenheit³ der Arbeitnehmer gesprochen wird. Der Gedanke der Solidarität findet auf zwei Arten Verwendung, einmal wird mit ihr im Rahmen der Sphärentheorie eine Sphäre der gesamten Arbeitnehmerschaft begründet⁴, zum anderen wird die Solidarität auch als selbständiger Grund des Lohnverlustes angesehen⁵.

Ähnlich ist die Überlegung, daß streikbedingte Betriebsstörungen Auswirkungen seien, die der kollektive Zusammenschluß der Arbeitnehmer mit sich bringe und die deshalb ganz allgemein der Arbeitnehmerseite aufzuerlegen seien⁶.

1 BAG AP Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd.II/2 (1952), S.190; Boldt, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V, Streik und Aussperrung (1961), S.118; Bulla, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2. Forts.-Blatt; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.353 f; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.118; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1953), § 615 Anm.68

2 Ballerstedt AuR 1966, 231; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 Anm.32 f

3 BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Hannover AP 1954, 103; Bürger ArbGeb 1957, 474; Dietz AP 1954, 10; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.354

4 Vgl. Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.118; ArbG Kassel DB 1972, 1122

5 Vgl. Eisenstein, Die Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei Streik und Aussperrung (1963), S.67

6 BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.354

Da jeder Arbeitnehmer Nutznießer der kollektiven Machtposition der Arbeitnehmerschaft und ihrer Kampfmittel sei, rechtfertige sich nach dieser Ansicht auch umgekehrt die Berücksichtigung des kollektiven Elementes¹.

Weitere Versuche zur Begründung des Lohnwegfalls gehen aus von einer Repräsentation aller Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften² oder stützen sich auf die Überlegung, daß dem Arbeitgeber nicht auch eine Lohnfortzahlung aufgebürdet werden könne, da ihm ja ohnehin schon erhebliche Schäden durch Produktionsausfall u.ä. entstünden³.

Das neben dem Hinweis auf die Solidarität am häufigsten verwendete Argument für einen Lohnverlust besteht im Prinzip der Kampfparität oder Waffengleichheit: Dieses werde gestört, wenn Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen werden könnten, für die sie nur aufgrund von Kampfmaßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhielten⁴.

Schließlich würde es - so meint das Bundesarbeitsgericht⁵ - den Prinzipien des Arbeitskampfes und des kollektiven Arbeitsrechts, das von den Sozialpartnern getragen werde und für dessen Gestaltung sie die Verantwortung zu tragen hätten, widersprechen, bei der Frage der Lohnzahlungspflicht zu prüfen, ob die streikunbeteiligten Arbeitnehmer mit dem Arbeitskampf sympathisierten oder nicht; dies sei nur geeignet, reine Lippenbekenntnisse entgegen innerer Überzeugung noch zu belohnen.

1 LAG Hannover AP 1954, 103; LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32; Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2.Forts.-Blatt; Halbach BABl 1958, 140

2 Müller DB 1957, 718; DB 1958, 742; Ramm RdA 1968, 416

3 LAG Hamburg AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32

4 So wohl zuerst Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2.Forts.-Blatt; vgl. ferner etwa BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68

5 AP Nr.2 (Bl.2 R, 3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

Außerdem rechtfertige sich nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts¹ der Wegfall des Lohnanspruchs noch daraus, daß der Arbeitgeber vielfach durch eine suspendierende Aussperrung zum gleichen Ergebnis gelangen könnte.

b Lohnverlust nur im Ausstrahlungsbereich des Streiks

Nach einer neueren, von Wiedemann² und dem Arbeitsgericht Kassel³ vertretenen Ansicht tritt ein Lohnverlust bei streikbedingten Betriebsstörungen nur dann ein, wenn der arbeitswillige Arbeitnehmer sich im "Ausstrahlungsbereich" des umkämpften Tarifvertrages befindet.

Nach Meinung von Wiedemann⁴ könne eine Schadensüberwälzung auf Arbeitswillige nur an die mit dem Streik verbundenen Erfolgchancen anknüpfen. Sobald der Streik auch den nichtbeteiligten Arbeitnehmern eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen bringe, ließe sich der Lohnverlust rechtfertigen; der Lohnverlust beschränke sich somit auf den Einzugsbereich der umkämpften Regelung.

Ähnlich argumentierte das Arbeitsgericht Kassel⁵: Es sei als Grundsatz des Kampftrisikos anzusehen, daß alle Arbeitnehmer, in deren Interesse ein Arbeitskampf geführt werde, auch die Nachteile in Kauf nehmen müssen, die ein Arbeitskampf mit sich bringe, so das Lohnrisiko. Ein solches Interesse sei nur gegeben, wenn die streikführende Gewerkschaft auch für den mittelbar betroffenen Betrieb zuständig sei und wenn für den Bereich, zu dem der mittelbar betroffene Betrieb gehört, Tarifverhandlungen zumindest unmittelbar

1 BAG AP Nr.3 (B1.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 Wiedemann RdA 1969, 333

3 ArbG Kassel DB 1972, 1121

4 Wiedemann RdA 1969, 333

5 ArbG Kassel DB 1972, 1122

bevorstünden, denn dann werde der zuständigen Arbeitgeberseite vor Augen geführt, daß die Gewerkschaft gewillt und in der Lage sei, ihre Forderungen kampfwweise durchzusetzen. Der Streik übe dann bereits Druck auf den Arbeitgeber im Drittbetrieb aus¹.

c Lohnverlust nur der organisierten Arbeitnehmer

Teilweise findet sich in der Literatur die Ansicht, daß eine Belastung mit dem arbeitskampfbedingten Betriebsrisiko nur bei gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern zulässig sei².

Jorns³ sieht als Grund für den Wegfall der Lohnzahlungspflicht, also für die Bevorzugung des Kollektivs, die Solidarität der Arbeitnehmer an. Eine derartige Solidarität bestehe zwischen Gewerkschaftsmitgliedern. Ein Gewerkschaftsmitglied sei nämlich für einen von seiner Gewerkschaft ausgerufenen Streik mitverantwortlich, auch wenn es mit dem Streik im Einzelfall nicht einverstanden sei, da es, wenn es durch einen bewußten Akt einer Koalition beitrete, wissen müsse, daß die Gewerkschaft möglicherweise zur Verwirklichung ihrer Ziele einen Streik ausrufe⁴. Arbeitswillige, die nicht der streikenden Gewerkschaft angehörten und sonach ihren Lohnanspruch behielten, müßten jedoch beweisen, daß sie den Streik mißbilligten, da der Tatsache Rechnung getragen werden müsse, daß von einem Streik im Ergebnis alle Arbeit-

1 ArbG Kassel DB 1972, 1123

2 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.156; Richardi RdA 1970, 70; Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.35; vgl. auch ArbG Kassel DB 1972, 1122 linke Sp.

3 Jorns aaO., S.155

4 Jorns aaO., S.156

nehmer profitierten¹.

Diese letzte Einschränkung zugunsten des Arbeitgebers fehlt bei Richardi²: Da nur für die organisierten Arbeitnehmer die im Arbeitskampf erstrittenen Tarifverträge unmittelbare Rechtsgeltung besäßen, könnten nur diese - auch wenn sie arbeitswillig sein sollten - dem Kampfverband zugerechnet und mit den Rechtsfolgen des Arbeitskampfes belastet werden.

d Kein Lohnverlust von Angestellten bei einem Streik der Arbeiter

Nach der Ansicht von Molitor³, die sich mit der zeitweise von Nikisch⁴ vertretenen deckt, darf grundsätzlich keine Verbundenheit zwischen Angestellten und Arbeitern, die bei einer durch einen Arbeiterstreik hervorgerufenen Betriebsstörung zu einem Gehaltsverlust der Angestellten führen könnte, angenommen werden.

e Lohnverlust nur bei Teilstreik

Nach Ansicht von Galperin⁵ bindet beim Teilstreik als einer Betriebsstörung, die von der Belegschaft selbst ausgeht, die Solidarität der Arbeitnehmerschaft, die sich innerhalb des Betriebes dem Arbeitgeber zum sozialen Gegenspieler mache, die Arbeitnehmer untereinander an die Folgen, die ein kollektives Handeln der eigenen Gruppe verursacht habe.

1 Jorns aaO., S.156

2 Richardi RdA 1970, 70; Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.35

3 Molitor BB 1953, 886

4 Siehe oben, S.47

5 Galperin RdA 1949, 11 f

Diesem soziologischen Element entsprächen die rechtlichen Verhältnisse, da oft die Teilarbeit der einzelnen Arbeitnehmer erst in der Zusammenfügung mit den Arbeitsleistungen der anderen Wert und Sinn gewinne; daher berühre der Wegfall der anderen Arbeitsleistungen in rechtlicher Beziehung unmittelbar den einzelnen Arbeitsvertrag; da dieses Glied einer geordneten Kette solcher Verträge und den Gesetzmäßigkeiten derselben unterworfen sei¹. Bei einem außerbetrieblichen Streik sei ein Lohnausfall nicht gerechtfertigt, da die rechtlichen Folgen der Solidarität nicht auch eine Haftung für das Handeln fremder Arbeitnehmergruppen einschließe.

f Kein Lohnverlust (Aussperrungsobliegenheit)

Da Danz zu dem Ergebnis gelangt, daß weder eine Projektion des Verhaltens der Kämpfenden auf den Individualvertrag des Arbeitswilligen möglich sei², noch der Grundsatz der Kampfparität einen Wegfall des Lohnanspruchs fordere³, verweist er den Arbeitgeber auf eine - in diesem Fall für zulässig gehaltene - Aussperrung⁴.

1 Es sind dies Gedanken der Lehre vom kollektiven Angebot, vgl. oben, S.21 f, 41 f

2 Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.105 f

3 Danz aaO., S.125

4 Danz aaO., S.124; so auch Gaber, Die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die Verteilung des Betriebsrisikos im Arbeitskampf, Diss. (1962), S.42 f; Ramm, Festgabe für Abendroth (1968), S.294; Weiss AuR 1974, 48; im Ergebnis so schon Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung im kollektiven Arbeitsrecht (1956), S.13; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.I (1957), S.617

3 Betriebsstörungen, die auf einem wilden Streik beruhen

Nachdem das Bundesarbeitsgericht anfangs die Entscheidung im Falle eines wilden Streiks offen gelassen hatte¹, bejahte es später zumindest beim wilden Teilstreik den Wegfall des Lohnanspruchs²: Entscheidend sei, daß der Ursprung der Störung aus der Sphäre der Arbeitnehmer und daher aus dem vom Unternehmer nicht beeinflussbaren Bereich stamme. Ferner bestünden unter der Belegschaft eines Betriebes regelmäßig Beziehungen, die eine Beeinflussung der Streikenden ermöglichten. Darüber hinaus bedeute es eine Bevorzugung des von der Rechtsordnung mißbilligten wilden Streiks, wenn in diesem Fall Arbeitswillige ihren Lohn auch dann behielten, wenn keine Arbeitsmöglichkeit bestände. Während das Bundesarbeitsgericht den Fall eines wilden Streiks in einem Drittbetrieb - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden hat, bejaht die herrschende Meinung innerhalb der Betriebsrisikolehre³ auch hier einen Wegfall des Lohnes. Es wird dies begründet mit der Annahme einer Solidarität aller Arbeitnehmer, die unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit bestehe, ferner mit einem Hinweis auf den Grundsatz der Kampfparität⁴. Außerdem müsse, wenn schon bei einem gewerkschaftlichen Streik der Lohn auch in Drittbetrieben entfalle, dies - um keinen Anreiz

1 BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 BAG AP Nr.3 (Bl.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.I (1957), S.322

3 Bürger ArbGeb 1957, 475; Eisenstein, Die Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei Streik und Aussperrung (1963), S.74 ff; Hueck AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Kauffmann SAE 1957, 184; DB 1957, 846; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.119; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 BGB Anm.32; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68

4 Eisenstein aaO., S.75 f

zu derartigen Arbeitskämpfen zu bieten - erst recht bei einem wilden Streik gelten¹. Auch sei zu berücksichtigen, daß die Ergebnisse eines wilden Streiks allen Arbeitnehmern zugute kommen könnten, wenn etwa durch ihn eine "Lohnwelle" in Gang gesetzt werde². Schließlich müsse, wenn beim gewerkschaftlichen Streik auch die Nichtorganisierten die Folgen tragen müßten, gleiches auch beim wilden Streik gelten³.

Eine Mindermeinung innerhalb der Betriebsrisikolehre⁴ beschränkt den Lohnverlust auf Betriebsstörungen, die durch wilde Teilstreiks hervorgerufen worden sind. Bei einem wilden Streik in einem Drittbetrieb habe die Belegschaft des betroffenen Betriebes keinerlei lenkenden Einfluß; ferner könne man angesichts der Nichtbeteiligung der zuständigen Gewerkschaft schwerlich von einer zurechenbaren Gruppensolidarität sprechen. Bei einem wilden Teilstreik dagegen bestehe auf der Grundlage der vom Betriebsverfassungsgesetz rechtlich geordneten Betriebsgemeinschaft eine Belegschaftssolidarität. Diese ermögliche den Arbeitswilligen eine gewisse Einflußnahme auf die Streikenden und rechtfertige daher den Lohnverlust der Arbeitswilligen⁵.

Schließlich vertreten Jorns⁶ und Richardi⁷, die ja für den gewerkschaftlichen Streik ausschließlich einen Lohnverlust

1 Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), §.615 Anm.68

2 Siebrecht aaO., S.119

3 Kauffmann DB 1957, 846

4 Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 3.Forts.-Blatt; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.220

5 Bulla aaO., 3.Forts.-Blatt.

6 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.157

7 Richardi RdA 1970, 70; Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.35 f

der organisierten Arbeitnehmer zulassen¹, die Ansicht, daß bei einem wilden Streik die Lohnansprüche der Arbeitswilligen stets bestehen blieben, da ein derartiger Arbeitskampf mit der gewerkschaftlichen Solidarität nichts zu tun habe.

4 Betriebsstörungen, die auf einer Aussperrung beruhen

Für den Fall einer Angriffsaussperrung gelangt die Betriebsrisikolehre einhellig zu dem Ergebnis, daß den Arbeitnehmern in drittbetroffenen Betrieben ihr Lohnanspruch erhalten bleibe². Bei der Anwendung des Kampfmittels der Aussperrung durch die Arbeitgeber müßten nämlich - so das Bundesarbeitsgericht³ - die Arbeitgeber die unter ihnen bestehende Solidarität gegen sich gelten lassen. Dies erfordere, da entsprechendes für die Arbeitnehmer gelte, der Grundsatz der Kampfparität. Teilweise wird auch darauf hingewiesen, daß es dieser besonderen Herleitung nicht bedürfe, da - mangels Zuteilung des Lohnrisikos an die Arbeitnehmer - nach dem allgemeinen Grundsatz zu entscheiden sei, daß das Betriebsrisiko den Arbeitgeber treffe⁴.

Keine solche Einhelligkeit läßt sich im Falle der Abwehraussperrung feststellen, vor allem wohl deshalb, weil die Einstellung des Bundesarbeitsgerichts, das nur allgemein von "Aussperrung" spricht⁵, in dieser Frage nicht klar

1 Siehe oben, S.57 f

2 BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Ballerstedt AuR 1966, 231; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.269; Eisenstein, Die Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei Streik und Aussperrung (1963), S.78; Kauffmann DB 1957, 847; Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1979), § 615 Anm.4; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.119; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 Anm.33; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68

3 BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

4 Ballerstedt AuR 1966, 231

5 BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

erkennbar ist. Die Äußerungen in der Literatur, soweit sie eindeutig Stellung beziehen, lassen sich zwei Ansichten zuordnen:

Teilweise werden alle Arbeitskamppfolgen dem Angreifer, d.h. im Falle der Abwehraussperrung den Arbeitnehmern zugerechnet, auch wenn die Abwehr umfangmäßig über den Angriff hinausgeht¹. Dies falle in die Sphäre der Arbeitnehmerschaft, da diese mit dem Streik die Ursache für die Abwehraussperrung, das adäquate Kampfmittel der Arbeitgeber, gesetzt habe².

Die andere Ansicht³ betrachtet Streik und Aussperrung auch beim Arbeitskampf als selbständige Ursachen und stellt - gegebenenfalls unter Anwendung des § 254 BGB - darauf ab, welches Kampfmittel den fraglichen Arbeitsausfall herbeigeführt hat. Jede Seite sei nämlich mit den Folgen der von ihren Sozialpartnerkollegen eingesetzten Kampfmittel zu belasten ("Veranlassungsprinzip"); eine Ausrichtung des Vergütungsrisikos allein daran, welche Seite den Arbeitskampf beginnt, würde der Gegenseite die Verantwortung für die Folgen ihres Arbeitskampfes abnehmen und damit geradezu einen Anreiz für eine unverhältnismäßige Ausdehnung des Arbeitskampfes schaffen⁴.

1 Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.4; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.120; vgl. auch Kauffmann DB 1957, 347

2 Siebrecht aaO. S.120

3 Brox-Rüthers, Arbeitskammerrecht (1965), S.270 ff; Eisenstein, Die Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei Streik und Aussperrung (1963), S.80; vgl. Kauffmann DB 1957, 347

4 Brox-Rüthers aaO., S.271 f

5 Wirtschaftsrisikofälle

Im Rahmen der Betriebsrisikolehre ist es einhellige Meinung, daß der Arbeitgeber, den ja grundsätzlich das Betriebsrisiko treffe, ebenso das Wirtschaftsrisiko zu tragen habe, d.h. den Arbeitnehmern den Lohn grundsätzlich auch dann zu zahlen habe, wenn deren Arbeitsleistung unterbleibt, obwohl sie als solche technisch möglich sei, sich aber aus wirtschaftlichen Gründen, etwa wegen Absatzmangels, für den Arbeitgeber nicht lohne¹. Ob von diesem Grundsatz in streikbedingten Wirtschaftsrisikofällen eine Ausnahme zu machen ist, ist streitig.

Teilweise wird eine Gleichstellung mit den Betriebsrisikofällen - und damit ein Lohnverlust der Arbeitnehmer, falls ein Streik die Ursache ist - abgelehnt. In den Fällen des Wirtschaftsrisikos sei nämlich - so Ballerstedt² - nicht der vom Arbeitnehmer geschuldete Leistungsverzug gestört, das störende Element liege vielmehr außerhalb des Austauschverhältnisses.

Stärker vertreten ist jedoch die Gegenmeinung³. Die ausführlichste Begründung für den Lohnverlust in streikbedingten Wirtschaftsrisikofällen findet sich bei Brox-Rüthers⁴. Eine unterschiedliche Behandlung von Betriebs- und Wirtschaftsrisikofällen sei nicht gerechtfertigt, da es rein zufällig erscheine, ob ein Unternehmen als Zulieferer oder als Abnehmer eines Kampfbetriebes zur Arbeitseinstellung gezwungen werde. Ursachen und wirtschaftliche Folgen seien identisch. Ebenso sei das berechenbare Risiko in beiden Fällen gleich, da Absatzstockungen durch kampfbedingte

1 vgl. etwa BAG AP Nr.13 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 Ballerstedt AuR 1966, 227 f

3 ArbG Kassel DB 1972, 1122; Siebert BB 1954, 966; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.266 f; vgl. auch LAG Düsseldorf BB 1954, 966

4 Brox-Rüthers aaO., S.268 f

Abnahmeverweigerung von Großabnehmern ebenso wenig vermieden werden könnten wie kampfbedingte Lieferstockungen.

Das Bundesarbeitsgericht wendete in zwei Sonderfällen auf Wirtschaftsrisikofälle die zum Betriebsrisiko entwickelten Grundsätze an; es schloß sich also der eben dargestellten Ansicht an, ohne allerdings die darin liegende Problematik anzusprechen.

In jüngster Zeit verneinte es den Lohnanspruch eines Arbeitnehmers in dem Fall, daß als Folge eines beendeten Streiks im betreffenden Betrieb das Auftragsvolumen des Arbeitgebers zurückgehe. Auf einen solchen Fall seien die Grundsätze über die Verteilung des Betriebsrisikos beim Streik anzuwenden. Da die Ursache der Weigerung, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, der Arbeitskampf sei, falle die vom Arbeitgeber ausgesprochene Nichtannahme der Dienste in den Risikobereich der Arbeitnehmer. Das müsse jedenfalls für die am Streik beteiligten Arbeitnehmer gelten¹.

Bereits vor längerer Zeit hatte das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß aufgrund der zum Betriebsrisiko entwickelten Grundsätze ein Lohnanspruch nicht bestehe, wenn wegen eines Verhaltens von Arbeitnehmern eine Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers für den Arbeitgeber "nicht zumutbar" sei². Es handelte sich um den Fall, daß wegen eines Streiks in den Produktionsabteilungen der Arbeitsanfall in der Lochkartenabteilung sich stark verringert hatte, d.h. um den Sonderfall des Wirtschaftsrisikos, daß sich die Arbeitsleistung für den Arbeitgeber wegen eines Teilstreiks nicht "lohnt".

1 BAG AP Nr.45 (Bl.3) zu Art.9 GG Arbeitskampf

2 BAG AP Nr.4 (Bl.1) zu § 615-BGB Betriebsrisiko

V Das Risikoverteilungsprinzip

Ein weiterer Versuch, die Frage des Lohnanspruchs bei arbeitskampfbedingten Betriebsstockungen zu lösen, ist das sog. Risikoverteilungsprinzip. Diese Ansicht, die zuerst von Gift¹ und Löwisch² artikuliert worden ist und die ihre ausführlichste Begründung in einer Schrift von Mayer-Maly und Nipperdey³ gefunden hat, führt dazu, daß - um das Ergebnis vorwegzunehmen - die Arbeitnehmer in jedem Fall arbeitskampfbedingter Betriebsstockungen ihren Lohnanspruch verlieren, also auch, wenn es sich um Fernwirkungen einer Aussperrung handelt.

Die Lösung für die Auswirkungen sozialadäquater⁴ Arbeitskämpfe müsse losgelöst vom jeweiligen Einzelarbeitsvertrag und der daran anknüpfenden Betriebsrisikolehre gefunden werden⁵. Arbeitskampfwirkungen - so wird teilweise argumentiert⁶ - als wesentlich auf überbetrieblicher Ebene eingreifende Faktoren könnten nicht mit einem völlig betriebsbezogenen Rechtsinstitut erfaßt werden. Der sozialadäquate Arbeitskampf sei - als essentielles Element jeder dem Marktprinzip verpflichteten Wirtschaftsordnung - ein rechtlich anerkanntes Institut der sozialen Selbstverwaltung und damit ein einheitliches Anliegen aller Beteiligten, so daß

1 Gift RdA 1960, 172; vgl. auch Schmidt AcP 162 (1963), 322

2 Löwisch DB 1963, 899; RdA 1967, 45; RdA 1973, 74; Löwisch-Krauß AR-Blattei, Arbeitskampf III, Aussperrung, C I

3 Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965); ferner Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf, Referat (1965); Mühlen, Die Schädigung von Drittbetrieben im Arbeitskampf, Diss. (1967), S.55 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.945 ff; Alber, Die Kampfmitteleparität der Sozialpartner, Diss. (1971), S.127 ff; Ehmann DB 1973, 2000

4 Gift RdA 1960, 172; Löwisch RdA 1967, 50; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.9; Ehmann DB 1973, 2000 Fn.120

5 Gift RdA 1960, 172; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.29

6 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.29

es nicht angängig sei, die Konsequenzen unterschiedlich der einen oder anderen Seite zuzurechnen, je nachdem, wer sich des zulässigen Mittels zuerst bediene¹. Ebenso würde eine Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar kampfbetroffenen Betrieben der bestehenden Wirtschaftsverfassung nicht gerecht, da es sich bei Arbeitskämpfen um ein betrieblich nicht isolierbares, mit dem gesamten volkswirtschaftlichen Prozeß verflochtenes Geschehen handle².

Jede Seite müsse - auch in den mittelbar betroffenen Betrieben - das ihr wesensgemäße Opfer hinnehmen, die Arbeitnehmer den Lohnverlust, die Arbeitgeber den Produktionsausfall³. Eine derartige, als sachgerecht empfundene Verteilung der Risiken des Arbeitskampfes sei Gebot der Kampfparität⁴.

Teilweise wird die Belastung der Arbeitnehmer mit dem Lohnrisiko auch in Fällen der Aussperrung begründet mit dem Hinweis auf allgemeine Grundsätze der Risikoverteilung bei unverschuldeter Unmöglichkeit, wonach, wie die gefahrverteilende Wertung des § 323 BGB zeige, die im Verlust der beiderseitigen Leistungen liegende Risikoverteilung den klassischen Dogmen für Unmöglichkeitsfälle entspreche⁵. Noch

1 Gift RdA 1960, 172; Löwisch DB 1963, 900; RdA 1967, 45; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.37 f

2 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.38
Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.31, 36 führen in diesem Zusammenhang auch Wertungen des § 49 BetrVG a.F. und des § 84 AVAVG an.

3 Gift RdA 1960, 172; Löwisch DB 1963, 900; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.39

4 Löwisch DB 1963, 900; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.38

5 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.38, 40 f
Nipperdey knüpfte damit in gewisser Weise an die von ihm anfangs vertretene Unmöglichkeitstheorie (siehe oben, S.5) wieder an, nachdem er zwischenzeitlich eine Lösung aus den Grundsätzen des AOG (siehe oben, S.39), die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit (siehe oben, S.43) und die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (siehe oben, S.53) vertreten hatte.

weitergehend wird versucht, den Arbeitgeber von der Lohnzahlung gemäß §§ 275, 323 BGE freizustellen, indem der sozialadäquate Arbeitskampf in den Begriff des Eingriffs von hoher Hand einbezogen wird¹.

Soweit das Problem des sogenannten Wirtschaftsrisikos erörtert wird, wird auch in diesen Fällen ein Lohnverlust der Arbeitnehmer bejaht, falls nur der Absatzmangel auf einem Arbeitskampf beruhe².

1 Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf, Referat (1965), S.7 f; ablehnend Löwisch RdA 1967, 47

2 Löwisch DB 1963, 899, 901; RdA 1967, 40 f; Ehmann DB 1973, 1999

Zweiter Teil: Betriebsrisikolehre und Lohnanspruch im
allgemeinen

Da arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen nur Sonderfälle des Betriebsstörungstatbestandes darstellen, ist zu erörtern, ob bzw. aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt in den allgemeinen Fällen ein Lohnanspruch des betroffenen Arbeitnehmers besteht. Beispiele für Betriebsstörungen allgemeiner Art sind Rohstoff- oder Energiemangel, Maschinenschaden oder Zerstörung der Betriebsanlage durch Brand oder Überschwemmung.

A § 611 BGB als Anspruchsgrundlage

In derartigen Fällen ergibt sich ein Lohnanspruch nicht bereits aus § 611 BGB. Die Ansicht Nikischs¹, daß schon das Bereitstellen der Arbeitskraft die vertragsgemäße Leistung darstelle und als solche zu entlohnen sei, hat zu Recht allgemeine Ablehnung gefunden². Zwar wurde bereits von den Motiven ein derartiges Prinzip für angemessen erachtet, es

1 Siehe oben, S.24 ff, 45 ff

2 BAG AP Nr.2 (Bl.1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.56; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.84 ff.

Es handelt sich dabei um eine Konsequenz der von Nikisch vertretenen Eingliederungstheorie, vgl. hierzu Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.599 f, 270 ff, 325 f, die sich nicht durchzusetzen vermochte, vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), Anm.39 vor § 611; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.115 ff.

wurde jedoch davon abgesehen, es im Gesetz auszusprechen¹. Vielmehr verlangt § 611 BGB die "Leistung der versprochenen Dienste", zeigt also, daß der Inhalt des Arbeitsvertrages auf der Seite des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht auf ein bloßes Bereitstellen der Arbeitskraft geht².

B Die Annahmeverzugslehre

Ein Lohnanspruch aus § 615 BGB setzt voraus, daß sich bei Betriebsstörungen der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet.

I Die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit

Wenn das Fabrikgebäude abbrennt oder der Betrieb wegen Strommangels zum Stillstand kommt, so ist es dem Arbeitnehmer zumindest für den Augenblick nicht möglich, die Arbeiten, die den von ihm versprochenen Leistungserfolg darstellen, vorzunehmen.

Da beim Dienstvertrag Leistungserfolg und Leistungshandlung zusammenfallen³, bedeutet hier eine Unmöglichkeit des Leistungserfolgs auch eine solche der Leistungshandlung. Die Frage, ob eine Unmöglichkeit der Leistung auch dann vorliegt, wenn eine mögliche Leistungshandlung nicht den Leistungserfolg herbeizuführen vermag⁴, stellt sich hier also nicht.

1 Mot. II, 461 f

2 BAG AP Nr.2 (Bl.1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.84 f

3 Vgl. Wieacker, Festschrift Nipperdey, Bd.I (1965), S.794; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.24 Fn.30

4 Vgl. Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.16 f

Daß die Arbeitsleistung zumindest momentan vom Arbeitnehmer nicht erbringbar ist, beantwortet jedoch die Frage, ob in diesem Fall Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliegt, weder im positiven noch im negativen Sinne. Da ein solches Unterbleiben der Leistung sowohl bei Annahmeverzug als auch bei Leistungsunmöglichkeit der Fall ist, müssen beide Institute voneinander abgegrenzt werden. Hierin wurde stets - soweit eine "zivilrechtliche" Lösung der Betriebsbarisikofrage gesucht wurde - das entscheidende Problem gesehen.

Einigkeit besteht mittlerweile, daß Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit einander ausschließen¹. Dies ergibt sich aus § 297 BGB²; es läßt sich ferner bereits dem § 293 BGB entnehmen, da nur eine mögliche Leistung angeboten werden kann³. Auch § 324 Abs. 2 BGB geht erkennbar hiervon aus. Die Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit in den Fällen, in denen eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Spiele ist, ist dagegen streitig.

Herrschend ist eine Abstrahierungsformel, wonach Unmöglichkeit grundsätzlich dann nicht vorliegen soll, wenn dem Schuldner, die Mitwirkung des Gläubigers unterstellt, die Leistung

1 RGZ 106, 276; BGHZ 24, 96; BAG AP Nr. 12 (B1.3); Nr. 20 (B1.1 &); Nr. 29 (B1.2) zu § 615 BGB; Oertmann AcP 116 (1918), 13, 24; Enneccerus-Lerchmann, Schuldrecht, 15. Aufl. (1958), § 57 II 2 S. 242; Larenz, Schuldrecht, 10. Aufl., Bd. I (1976), § 26 I c S. 283; Neumann-Duesberg Jus 1970, 69; a.A.: Köhler ArchBürgR 13 (1897), 200, 254; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Schuldverhältnisse (1902), S. 149; Boer Gruchot 54 (1910), 499

2 RGZ 106, 276; BGHZ 24, 96; Neumann-Duesberg Jus 1970, 69

3 Vgl. Oertmann AcP 116 (1918), 13; ferner RGZ 106, 276

möglich wäre¹. Zur Begründung wird verwiesen auf § 295 BGB, der sich in diesem Fall mit einem wörtlichen Angebot begnüge, § 297 BGB, wo es heißt, der Schuldner dürfe nicht "außerstande" sein, und § 299 BGB, aus dem sich ergebe, daß die Unfähigkeit des Schuldners zur Mitwirkung im allgemeinen dem Eintritt des Annahmeverzuges nicht im Wege stehe². Von diesem Grundsatz werden - wohl aus Billigkeitsgründen - teilweise Ausnahmen gemacht: So soll doch wieder Unmöglichkeit vorliegen, wenn das Hindernis in der Person des Gläubigers auch nicht durch höchste, überpflichtmäßige Sorgfalt zu beheben gewesen war³, wenn das Hindernis nicht nur in der Person des Gläubigers, sondern allgemein nicht behebbar ist⁴.

Jedoch ist diese Ansicht bereits im Grundsatz abzulehnen. Annahmeverzug kann nämlich - wie schon das Wort "Verzug" zeigt - nur dann vorliegen, wenn ein bloß vorübergehendes Annahme- oder Mitwirkungshindernis besteht. Bei dauernden Hindernissen handelt es sich dagegen stets um Unmöglichkeit⁵. Die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit ist also - nicht anders als die Abgrenzung zwischen Leistungs-

1 BGHZ 24, 96; BAG AP Nr.18 (Bl.3) zu § 615 BGB; Trautmann Gruchot 59 (1915), 450; Oertmann AcP 116 (1918), 20; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15.Aufl. (1958), § 57 II S.242 f; Soergel-Siebert-Schmidt, BGB, 10.Aufl. (1967), § 297 Anm.2; Neumann-Duesberg JuS 1970, 69; Brox, Schuldrecht, 2.Aufl., Bd.I (1972), Rn.299 S.165 f

2 Oertmann AcP 116 (1918), 18 f; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15.Aufl. (1958), § 57 II 1 S.243

3 Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15.Aufl. (1958), § 57 II 1 S.243

4 RG JW 1938, 1392; BGHZ 24, 96

5 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.17, 237 f, 246; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.25 ff, 51; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1974), G V 3 S.151; Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1972), § 293 Anm.2 b; wohl auch Erman-Battes, BGB, 5.Aufl. (1972), Anm.12 vor § 293; ferner bereits Siber, Schuldrecht (1931), S.113

verzug und Unmöglichkeit¹ - zu ziehen zwischen bloßer Leistungsverzögerung und endgültiger Unausführbarkeit und nicht danach, wo die Nichterbringbarkeit der Leistung ihren Ausgang nimmt.

Daß Annahmeverzug sich auf Fälle der Leistungsverzögerung beschränkt, ergibt sich aus den hierfür angeordneten Rechtsfolgen²: Die §§ 300 - 304 BGB setzen voraus, daß die Leistungspflicht fortbesteht, so wenn § 300 BGB eine Haftungserleichterung bestimmt oder wenn § 304 von "Mehraufwendungen" spricht. Hiervon gehen auch die §§ 322 Abs.2, 324 Abs.2 und 642 BGB aus. Im letzteren Falle ist dies insbesondere zu folgern aus Abs.2 ("Dauer des Verzuges") und aus § 643 BGB, wonach die Leistungspflicht erst durch eine Kündigung von seiten des Unternehmers erlöschen soll. Aus dem gleichen Grunde bestätigt auch § 615 BGB diese Ansicht, da er erst den Untergang der Leistungspflicht anordnet.

Hiermit hängt auch die folgende Überlegung zusammen: Dauern- de Annahmearbeit unmöglichkeit muß schon deshalb Annahmeverzug ausschließen, weil der Annahmeverzug, wollte man ihn hier an- stelle der Leistungsarbeitsmöglichkeit anwenden, den Schuldner mangels einer dem § 275 BGB entsprechenden Vorschrift nicht von seiner Leistungspflicht befreien würde. Dies bliebe be- stehen, und zwar würde der Schwebezustand - wenn nicht etwa eine Kündigung gem. § 643 BGB erfolgte - unbegrenzt fort- dauern, da ja die Annahme dauernd unmöglich wäre³. Dieses Problem wird für den Dienstvertrag nur verdeckt durch die gesetzliche Regelung, da § 615 ausnahmsweise auch im Falle des Annahmeverzugs die Leistungspflicht enden läßt, Annahme- verzug und Unmöglichkeit also im Hinblick auf die Leistungs- pflicht gleichstellt.

1 Vgl. hierzu etwa Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1975), § 284 Anm.1 a

2 Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweck- störungen im Schuldverhältnis (1971), S.25

3 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhält- nis (1969), S.238

Die bereits früher gegen diese Ansicht erhobenen Bedenken überzeugen nicht. So findet sich der Vorwurf einer grob ungleichen Behandlung sachlich ähnlicher Fälle: Wenn eine vorübergehende Annahmearbeitsmöglichkeit von einer dauernden abgelöst werde, bleibe der Gegenanspruch des Schuldners gem. § 324 Abs.2 BGB bestehen; handle es sich dagegen von Anfang an um eine dauernde Annahmearbeitsmöglichkeit, so gehe der Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 323 BGB unter¹. Das in der ausnahmslosen Anwendung des § 323 BGB liegende unbillige Ergebnis läßt sich aber auf andere Weise vermeiden².

Schließlich ist auch der angeführte Umkehrschluß aus § 299 BGB³ nicht überzeugend. Inhalt eines Umkehrschlusses allgemein ist⁴: Weil das Gesetz die Rechtsfolge R (nur) an den Tatbestand A geknüpft hat, gilt diese Rechtsfolge für den (sei er auch A ähnlichen) Tatbestand B nicht. § 299 BGB besagt nun, daß, wenn eine Leistungszeit nicht bestimmt ist (Tatbestand), kein Annahmeverzug bei vorübergehender Leistungsverhinderung eintritt (Rechtsfolge). Einem argumentum e contrario ließe sich daher höchstens entnehmen, daß für den gegenteiligen Tatbestand, wenn also eine Leistungszeit bestimmt ist, die Rechtsfolge des § 299 BGB nicht gelten solle. Das Merkmal "vorübergehend", an das der erwähnte Gegenteilsschluß anknüpft, befindet sich jedoch auf der Rechtsfolgenseite und kann somit nicht Gegenstand eines solchen Schlusses sein.

1 Oertmann AcP 116 (1918), 21 f

2 Vgl. hierzu unten, S.100 ff

3 Oertmann AcP 116 (1918), 22

4 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl. (1975), S.376

II Spezieller Annahmeverzugsbegriff im Dienstvertragsrecht

Da der allgemein vom BGB verwendete Annahmeverzugsbegriff sich also nicht mit der herrschenden Ansicht zur Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit, die ihrerseits fast ausschließlich auf den Dienstvertrag zugeschnitten ist, vereinbaren läßt, wäre die Einführung eines speziellen, in seiner Anwendung auf § 615 BGB beschränkten Annahmeverzugsbegriffs zu erwägen¹. Diesen Weg beschreitet etwa das Bundesarbeitsgericht, wenn es einräumt, daß "genau gesehen jeder Annahmeverzug des Arbeitgebers durch Zeitablauf dem Arbeitnehmer auch die Leistung unmöglich mache", aber dennoch unter Annahmeverzug das Unterbleiben der Arbeitsleistung verstehen will, das durch die Weigerung der Annahme der vom Arbeitnehmer angebotenen Arbeit durch den Arbeitgeber entsteht². Nicht anders verhält es sich, wenn Hueck unter Unmöglichkeit bei nicht nachholbaren Leistungen nur den Fall verstehen will, daß die Leistung zur Zeit der Fälligkeit nicht erbracht werden kann. In den anderen Fällen sei es "natürlicher", von Verzug zu sprechen³. Dieser Ansicht folgen unausgesprochen all diejenigen, die eine grundsätzliche Unnachholbarkeit der Arbeitsleistung annehmen⁴, daraus aber nicht die Konsequenz ziehen, hier stets Unmöglichkeit und nicht Annahmeverzug anzunehmen⁵.

Für diese Ansicht läßt sich anführen, daß andernfalls - wenn man beim Arbeitsvertrag grundsätzlich Unnachholbarkeit der Arbeitsleistung als gegeben ansieht⁶ - § 615 BGB im Arbeitsvertragsrecht nur ausnahmsweise Anwendung fände.

1 Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, 4.Aufl. 1973, § 79 II 4 c S.471, der bei Dauerschuldverhältnissen den Unmöglichkeitsbegriff zugunsten des Annahmeverzugs einschränkt.

2 BAG AP Nr.18 (Bl.3) zu § 615 BGB

3 Hueck AP Nr.18 (Bl.3 R) zu § 615 BGB; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.223 Fn.1

4 Vgl. hierzu unten, S.78 Fn.3

5 So etwa Söllner AcP 167 (1967), 139

6 Vgl. hierzu unten, S.77 ff

Auch gingen bereits die Motive¹ von diesem Begriff aus: Sie wollten als Voraussetzung der Lohnzahlung im heutigen § 615 BGB genügen lassen, daß "der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig war und er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten hatte". Dem entsprächen bei näherer Betrachtung die Erfordernisse des Annahmeverzugs. Ob die Arbeitsleistung nachholbar bleibt oder nicht, wird dabei nicht berücksichtigt; es sollen also - so wäre zu folgern - beide Fälle vom Begriff des Annahmeverzugs erfaßt werden.

Die Entstehungsgeschichte zeigt jedoch andererseits, daß die Absicht bestand, gerade durch die Übernahme des allgemeinen Annahmeverzugsbegriffs in den Tatbestand des § 615 BGB dem Gesetz Einfachheit und Verständlichkeit zu verleihen². Dies, die Verwendung des allgemeinen Annahmeverzugsbegriffs, hat auch im Gesetzestext seinen Niederschlag gefunden: Die Anordnung, daß der Dienstverpflichtete zur Nachleistung nicht verpflichtet sei, wäre sinnlos, wenn eine Nachholung der Dienste sowieso unmöglich wäre.

Soweit hinter dieser Ansicht die Bestrebung steht, durch eine weite Auslegung des Begriffs "Annahmeverzug", der dann auch Fälle der Leistungsunmöglichkeit erfassen soll, die als unbillig empfundene Folge des § 323 BGB, nämlich Lohnverlust, in den fraglichen Fällen zu vermeiden, so vermag dies eine Abweichung vom allgemeinen Annahmeverzugsbegriff nicht zu rechtfertigen. Eine angemessene Lösung läßt sich durchaus im Rahmen der Unmöglichkeitsvorschriften, also der §§ 323 ff BGB u.ä., finden. Diese erscheinen auch als der für die Entscheidung über die Gegenleistungsgefahr - hierum handelt es sich ja bei den Betriebsrisikofällen -

1 Mot.II, 462 f

2 Mot.II, 463

systematisch angemessene Platz. Nicht dagegen empfiehlt es sich, die Lösung in Abgrenzungsversuchen zu sehen, wenngleich das Gegensatzpaar §§ 615, 323 BGB hierzu einzuladen scheint.

Die Bildung eines speziellen Annahmeverzugsbegriffes ist daher abzulehnen. Unnachholbarkeit der Arbeitsleistung führt stets zu Unmöglichkeit und schließt Annahmeverzug aus.

III Die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung

Teilweise wird eine Unnachholbarkeit ausgefallener Arbeitsleistung dann angenommen, wenn der Betrieb des Arbeitgebers untergeht, etwa stillgelegt wird¹ oder abbrennt. Dies ist jedoch nicht ohne weiteres folgerichtig, denn wenn man, wie es hierbei geschieht, darauf abstellt, ob die versprochene Arbeitsleistung in dem betreffenden Betrieb nicht mehr vorgenommen werden kann, so wäre eigentlich auch in Erwägung zu ziehen, daß ein geschlossener Betrieb ja wiedereröffnet, ein abgebrannter neu erstellt werden könnte².

Weitergehend wird auch dann, wenn der Betrieb trotz Störung erhalten bleibt, wenn nach Beendigung der Störung also normal gearbeitet werden kann, vielfach davon gesprochen, daß auch hier u.U. die Dienstleistung des Arbeitnehmers für die Zeit der Betriebsstörung unnachholbar sei. Grenzen der eigenen Arbeitskraft, feste Schlußzeiten des Betriebes und öffentlich-rechtliche Beschränkungen, etwa durch die Arbeitszeitordnung, ließen dem Arbeitnehmer "vielfach" keine

1 Vgl. Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.246

2 Vgl. Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), § 34 III 2 S.221

Zeit, die ausgefallenen Stunden nachzuholen¹. Wollte man mit dieser Ansicht ernst machen und jeweils im einzelnen prüfen, ob die ausgefallene Arbeitszeit "nachgearbeitet" werden könnte, so erhielte man gerade das dieser Ansicht entgegengesetzte Ergebnis: Es wäre regelmäßig ein Nachholen möglich, da selbst ein mehrmonatiger Arbeitsausfall über einen entsprechend langen Zeitraum hin aufgeholt werden könnte². Läßt doch § 3 AZO eine 48-Stunden-Woche zu, während mittlerweile 40 Stunden pro Woche üblich sind. Von einer Begrenzung des Zeitraums der Nacharbeit ist nirgends die Rede; eine solche ließe sich auch nicht ohne Willkür festlegen.

Überwiegend wird - mit Recht - die Ansicht vertreten, daß eine unterbliebene Arbeitsleistung grundsätzlich, d.h. wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist, unnachholbar ist³. Dies folgt daraus, daß die Leistung von Arbeit regelmäßig den Charakter eines absoluten Fixgeschäftes hat. Ein absolutes Fixgeschäft liegt dann vor, wenn die Leistungs-

1 Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.219; Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.601; Söllner AcP 167 (1967), 138; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.247

2 So Hollstein, Der wilde Streik und die kollektive Ausübung eines Arbeitsverweigerungsrechts, Diss. (1969), S.48 ff

3 Abel JW 1922, 555; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5.Aufl. (1957), S.162; Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), 276; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.220; Schaub DB 1966, 1187; Söllner AuR 1967, 357; AcP 167 (1967), 138 f; ZfA 1973, 5; Haase DB 1968, 709; Neumann-Duesberg DB 1969, 261; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.41, 76, 98; Beuthien-Häuser JuS 1971, 478 f; Beuthien RdA 1972, 20 ff; ZfA 1972, 74, 79; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 3.Aufl. (1974), G V 3 S.151 f; Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1975), § 271 Anm.2 b; vgl. BGHZ 10, 189.

Uneinheitlich ist die Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts: BAG AP Nr.18 (Bl.3) zu § 615 BGB meint, daß "eigentlich" mit dem Zeitablauf Unmöglichkeit einträte, nimmt dann aber dennoch Annahmeverzug an, während sich der Entscheidung BAG AP Nr.1 zu § 4 AZO im Gegensatz zum dortigen Leitsatz Nr.1 zu dieser Frage nichts entnehmen läßt.

zeit einen integrierenden Bestandteil der Verpflichtung des Schuldners darstellt, wenn also eine spätere Leistung nicht mehr die geschuldete darstellen würde¹. Dies ist einmal dann der Fall, wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber erkennbar nur zu einem Zeitpunkt von Interesse ist, etwa beim Austragen von Tageszeitungen².

Eine derartige Bedeutung hat die Leistungszeit jedoch über die soeben erwähnten Fälle hinaus für jeden Arbeitsvertrag: Die Arbeitskraft ist ein vergänglicher Wert, sie läßt sich, wenn sie nicht nutzbar gemacht werden kann, vom Arbeitnehmer nicht bewahren oder speichern. Sie kann in einem bestimmten Zeitabschnitt nur einmal angeboten werden. Mit Verstreichen dieses Zeitraumes geht der entsprechende Teil der Arbeitskraft endgültig und unwiederbringlich unter.

Wollte der Arbeitnehmer einen verstrichenen Zeitraum "nachholen", so müßte er dazu auf einen anderen Teil seiner Arbeitskraft zurückgreifen. Da beim Arbeitsverhältnis einzel- oder kollektivvertraglich der zeitliche Rahmen der Arbeitsleistung festgelegt ist, würde es sich dann nicht mehr um die ursprünglich vereinbarte Leistung handeln. Die Arbeitsleistung ist also nach ihrer tatsächlichen Eigenart unnachholbar³.

1 Staudinger-Werner, BGB, 10./11.Aufl. (1967), Anm.41 vor § 275; Staudinger-Kaduk, BGB, 10./11.Aufl. (1972), §.361 Anm.5

2 Vgl. LAG Baden-Württemberg Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung 1961, 28

3 So auch etwa Söllner AcP 167 (1967), 138 f; vgl. ferner BGHZ 10, 189.

Es erübrigt sich also ein Rückgriff auf die Lösung Beuthiens, der die Nachleistung betrieblich nachholbarer Arbeiten als "vertragstypisch abbedungen" ansieht und dies mit Erwägungen allgemeiner Art, wie etwa einem Hinweis auf das gestiegene Freizeitbewußtsein der Arbeitnehmer zu begründen versucht, vgl. Beuthien JuS 1971, 479; RdA 1972, 20 ff.

Für diese Auffassung, daß eine nicht rechtzeitig erbrachte Arbeitsleistung grundsätzlich unnachholbar und damit unmöglich wird, spricht die einhellige, bereits in den Motiven anzutreffende Ansicht, daß § 616 BGB eine Ausnahme zu § 323 BGB darstelle, also Fälle der Unmöglichkeit regle¹. Damit wird anerkannt, daß bei einem auch kurzzeitigen Arbeitsausfall, etwa wegen Krankheit, Kur, Autopanne oder Eheschließung², Unmöglichkeit vorliegt, ohne daß Gedanken darüber zu machen sind, ob die ausgefallene Arbeitsleistung betrieblich nachholbar ist.

Von einer Unmöglichkeit der Arbeitsleistung geht die herrschende Meinung³ weiterhin dann aus, wenn sie keine Bedenken trägt, bei von einem der Vertragspartner zu vertretenden Betriebsstörungen die §§ 324 f BGB anzuwenden. Es ist aber nicht einzusehen, wieso dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung dann "möglicher" sein soll, wenn der Arbeitgeber die Betriebsstörung nicht zu vertreten hat.

Aus § 615 BGB läßt sich zur Frage der Nachholbarkeit der Arbeitsleistung unmittelbar nichts entnehmen, setzt diese Vorschrift doch gerade voraus, daß die Leistung des Dienstverpflichteten nachholbar geblieben ist⁴. Jedoch läßt sich aus dieser Norm auch indirekt nichts gegen die hier vertretene Ansicht herleiten: Zwar beschränkt sich danach der

1 Mot.II, 463; BAG AP Nr.4 zu § 50 BAT; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 616 Anm.2, 3; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.329; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 616 Anm.1; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 616 Anm.39; Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 616 Anm.1 c aa

2 Beispiele nach Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 616 Anm.2 a aa

3 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.348; Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.1 d

4 Siehe oben, S.72 ff

Anwendungsbereich des § 615 BGB auf Dienstverträge, bei denen der Leistungszeitraum nicht festgelegt ist¹, so daß § 615 BGB bei Arbeitsverträgen grundsätzlich keine Verwendung fände. Dies ist aber einmal eine Folge des vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang verkannten Annahmeverzugsbegriffes², zum andern würde § 615 BGB auf diese Weise nicht jeglicher Bedeutung entkleidet: Die dahinter stehende Wertung, der Dienstvertrag sei "eine Art Fixgeschäft"³, trifft auch auf die Fälle zu, daß die Dienstleistung nachholbar bleibt; auch hier soll der Dienstverpflichtete nicht nachzuleisten brauchen, da er mit seinem zum Annahmeverzug führenden Leistungsangebot bereits unwiederbringlich Arbeitskraft aufgewendet hat.

Beim Arbeitsvertrag liegt also - soweit nichts anderes vertraglich bestimmt ist - stets Unmöglichkeit vor, wenn der Zeitpunkt der Arbeitsleistung verstrichen ist. Bei Betriebsstörungen ist deshalb grundsätzlich eine Unmöglichkeit der ausgefallenen Arbeitsleistung gegeben.

Dasselbe gilt im Falle des sog. Wirtschaftsrisikos, d.h. wenn der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus nicht arbeiten läßt, ferner dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigt, weil er ihm vermeintlich gekündigt hat. Besonders im letzteren Fall - da dieser geradezu als Musterfall des § 615 BGB erscheint⁴ - mag diese Ansicht Bedenken erwecken. Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß mit der Feststellung, daß Unmöglichkeit vorliegt, nur gem. § 275 BGB ein Untergang der Leistungspflicht des

1 Vgl. etwa das Beispiel von Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.277 Fn.27

2 Siehe oben, S.76

3 Mot.II, 461

4 Vgl. etwa Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.2 c aa

Arbeitnehmers verbunden ist, wie ihn ja auch § 615 BGB ausspricht. Über das Schicksal der Gegenleistung, also der Lohnzahlung, ist damit noch nicht entschieden.

C Die §§ 323 f BGB als Anspruchsgrundlage

I § 323 Abs.1 Hs.2 BGB

Man könnte erwägen, dem Arbeitnehmer bei Betriebsstörungen einen Teillohnanspruch gem. § 323 Abs.1 Hs.2 BGB zuzubilligen¹. Daß der Arbeitnehmer in der Regel seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat, eine tatsächliche Arbeitsleistung jedoch unterblieben ist, könnte es rechtfertigen, von einer teilweisen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu sprechen.

Die in § 323 Abs.1 Hs.2 BGB enthaltene Verweisung auf die Minderungsvorschriften des Kaufrechts zeigt jedoch, daß stets ein Vergleich zwischen der vereinbarten Volleistung und der erbrachten Teilleistung notwendig ist. Dies bedeutet, daß § 323 Abs.1 Hs.2 BGB nur dann Anwendung finden kann, wenn ein nach dem Vertrag entgeltenswerter Leistungsteilerfolg beim Gläubiger eingetreten ist². Leistungserfolg beim Arbeitsvertrag ist jedoch allein die zur Perfektion gelangte Arbeitsleistung³, da die bloße Arbeitsbereitschaft in der Regel für den Arbeitgeber keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert darstellt. Eine Teilleistung im Sinne von § 323 Abs.1 Hs.2 BGB liegt somit bei Betriebsstörungen nicht vor.

1 Vgl. Oertmann AcP 116 (1918), 48

2 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.74 f

3 Siehe oben, S.69 f

II § 324 Abs.1 BGB

Aus § 324 Abs.1 BGB ergibt sich ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber bei Betriebsstörungen die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung "zu vertreten" hat.

Was der Arbeitgeber als Gläubiger zu vertreten hat, läßt sich nicht unmittelbar aus §§ 276 ff BGB entnehmen, da diese sich auf das Vertretenmüssen bei Schuldnerpflichten beziehen¹. Rechtsprechung und Literatur² haben jedoch hierzu Fallgruppen entwickelt. Der Arbeitgeber hat danach als Gläubiger zu vertreten die schuldhafte Verletzung einer Haupt- oder Nebenpflicht, deliktisches Handeln und subsidiär die Verletzung der Obliegenheit, bei Meidung der Rechtsfolgen des § 324 Abs.1 BGB die Leistung des Schuldners nicht selbst durch verantwortliches Handeln unmöglich zu machen³. Die letzte Fallgruppe entspricht im Ergebnis wohl weitgehend den Fällen, die die Rechtsprechung⁴ als schuldhafte Verstöße des Gläubigers gegen eigene Belange bezeichnet. Entscheidend ist hierbei, daß dem Arbeitgeber ein "venire contra factum proprium" vorgeworfen wird⁵.

Im Arbeitsrecht kommt, soweit ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht⁶, die erste Fallgruppe in Betracht (schuldhafte Verletzung einer Hauptpflicht), andernfalls die vierte. Die übrigen Voraussetzungen - den Arbeitgeber muß bezüglich der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ein

1 Allgemeine Meinung, vgl. etwa Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1973), § 324 Anm.2

2 RGZ 166, 147; Neumann-Duesberg DB 1969, 1450 f; Erman-Battes, BGB, 5.Aufl. (1972), § 324 Anm.2

3 Neumann-Duesberg DB 1969, 1450 f

4 RGZ 166, 147

5 Soergel-Siebert-Schmidt, BGB, 10.Aufl. (1967), § 324 Anm.2

6 Vgl. hierzu Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.381

Vorwurf treffen - sind in beiden Fällen identisch. Wenn daher der Arbeitgeber eine Betriebsstörung dadurch hervorruft, daß er das Fabrikgelände in Brand setzt oder einen - verglichen mit dem branchenüblichen - zu geringen Rohstoffvorrat besitzt, so bleibt er gemäß § 324 Abs.1 BGB zur Lohnzahlung verpflichtet. Dies entspricht der einhelligen Ansicht, daß bei einer vom Arbeitgeber "verschuldeten" Betriebsstörung dieser den Lohn zu zahlen hätte, ja, daß hier, da zu den Betriebsrisikofällen nur unverschuldete Betriebsstörungen zählten, per definitionem die Betriebsrisikolehre gar nicht zur Anwendung komme¹.

Ein Lohnanspruch gem. § 324 Abs.1 BGB ergibt sich für den Arbeitnehmer in der Regel noch in zwei weiteren Fällen, nämlich, wenn der Arbeitgeber ihm unberechtigt kündigt oder ihn, obwohl eine Arbeitsleistung technisch möglich wäre, aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen nicht arbeiten läßt. Der Arbeitgeber hat dann die durch die Nichtnachholbarkeit der Arbeitsleistung bedingte Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers durch ein verantwortliches Handeln hervorgerufen. Einerseits den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung, für die dieser Lohn erhalten würde, aus freiem Entschluß zu hindern, und dann andererseits diesen Lohn nicht zahlen zu wollen, stellt ein vorwerfbares, widersprüchliches Verhalten dar, das zur Lohnzahlung gem. § 324 Abs.1 BGB verpflichtet².

Die beiden eben behandelten Fälle, ungerechtfertigte Kündigung und Wirtschaftsrisiko, werden herkömmlicherweise als durch § 615 BGB erfaßt angesehen³. In der Rechtsfolge

1 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl. Bd.I (1963), S.348

2 Ähnlich für den Fall der fristlosen Kündigung Nikisch RdA 1967, 244

3 Vgl. etwa Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.2 c; Ballerstedt AuR 1966, 227

würde durch die hier vorgeschlagene Lösung keine Änderung eintreten, da sich auch die Anrechnungsvorschriften § 324 Abs.1 S.2 BGB und § 615 S.2 BGB völlig entsprechen. Ein Unterschied ergibt sich nur insofern auf der Tatbestandsseite, als bei § 324 Abs.1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitnehmer seine Arbeit angeboten hat, entfällt. Dies erscheint um so entbehrlicher, als selbst das Bundesarbeitsgericht¹ einräumt, daß es sich hierbei um eine unbefriedigende Regelung handle, weil im Normalfall das Angebot nur eine Formsache darstelle. Es versucht deshalb, zu billigen Ergebnissen zu gelangen, indem es etwa in der bisherigen Dienstleistung auch das Angebot künftiger erblickt² oder § 296 BGB weit auslegt³.

In den eigentlichen Betriebsrisikofällen, wenn also den Arbeitgeber kein Vorwurf bezüglich der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung trifft, kommt nach dem bisher Gesagten ein Lohnanspruch gem. § 324 Abs.1 BGB nicht in Frage. Diese Fälle würden nur dann weitgehend von § 324 Abs.1 BGB erfaßt, wenn man ein "Vertretenmüssen" des Gläubigers bereits dann annimmt, wenn nur das Leistungshindernis aus der Risikosphäre des Arbeitgebers stammt⁴. Zur Begründung für diese Auffassung wird angeführt, daß das Vertretenmüssen beim Schuldner und beim Gläubiger über verschiedene Dinge entscheide: Beim Schuldner sei der Verschuldensgedanke am

1 BAG AP Nr.2 (B1.2 R) zu § 615 BGB Kurzarbeit

2 BAG AP Nr.13 (B1.3 R), Nr.14 (B1.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

3 BAG AP Nr.2 (B1.3) zu § 615 BGB Kurzarbeit

4 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.79 f; JZ 1972, 248; Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1975), § 324 Anm.2 c; OLG Frankfurt JZ 1972, 245; bereits früher Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag (1903), S.54 f; Claren, Die Frage des sog. Betriebsrisikos (1930), S.37 f

Platze, da es hierbei um Schadenersatz gehe. Auf der Seite des Gläubigers handle es sich dagegen um die Frage, ob er seine Gegenleistung erbringen muß, ohne die Schuldnerleistung zu empfangen, also nicht um Schadenersatz¹. Gegen das Verschuldensprinzip im Rahmen des § 324 BGB spreche auch § 324 Abs.2 BGB, der kein Verschulden des Gläubigers verlange².

Diese Auslegung des § 324 Abs.1 BGB ist jedoch abzulehnen. Bereits in den Motiven³ wird auch in bezug auf den Gläubiger von Verschulden gesprochen. Schließlich würde es der vom Gesetz durch die Verwendung des Ausdrucks "Vertretenmüssen" sowohl beim Schuldner wie beim Gläubiger erstrebten Gleichbehandlung widersprechen, wenn eine Störung, z.B. Krankheit, in den Personen von Schuldner und Gläubiger verschieden bewertet würde⁴.

Der Hinweis darauf, daß § 324 Abs.2 BGB kein Verschulden des Gläubigers verlangt, ist nicht überzeugend. Setzt er doch - ohne dies nachzuweisen - voraus, daß § 324 Abs.1 BGB und Abs.2 dieser Vorschrift einem einheitlichen Prinzip entspringen. Daß dem § 324 Abs.1 BGB kein allgemeines "Risikosphären"-Prinzip entnommen werden kann, zeigen auch §§ 552, 645 BGB. Es ließe sich dann nämlich nicht erklären, wieso das angebliche allgemeine Prinzip beim Werkvertrag nur modifiziert, nämlich in der Rechtsfolge auf Teillohn begrenzt, festgesetzt worden ist. Auch wäre in diesem Fall § 552 BGB überflüssig⁵.

1 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.79

2 Beuthien aaO., S.79

3 Mot.II, 208

4 Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.53

5 Köhler aaO., S.53

Schließlich erscheint es als nicht angebracht, zur Regelung der Betriebsrisikofälle mit der vorgeschlagenen Auslegung des § 324 Abs.1 BGB eine Lösung zu vertreten, die Auswirkungen über den Dienstvertrag hinaus zeitigt. So ist nicht ohne weiteres ersichtlich, ob dieses Verständnis des § 324 Abs.1 BGB auch etwa im Kaufvertragsrecht zu billigenwerten Ergebnissen führt. Zu bedenken ist nämlich, daß es sich bei den Betriebsrisikofällen um Konstellationen handelt, die nur für das Dienst-, Werk- und Mietvertragsrecht typisch sind, wie etwa die Abhängigkeit der schuldnerischen Leistungshandlung von einer Mitwirkung des Gläubigers. Wenn nun diese Fälle im Werk- und Mietvertragsrecht wenigstens teilweise eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden haben¹, so zeigt dies, daß eine Lösung im Rahmen des § 324 Abs.1 BGB zu weitgehend wäre.

II § 324 Abs.2 BGB

Ein Lohnanspruch aus § 324 Abs.2 BGB scheitert daran, daß bei Betriebsstörungen nicht zuerst Annahmeverzug vorliegt, sondern daß unmittelbar Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eintritt. Ein Vorrang des Gläubigerverzuges, der sich darin ausdrückte, daß zuerst für eine logische Sekunde Annahmeverzug vorläge, läßt sich nicht begründen².

In der Literatur ist jedoch die Ansicht verbreitet, § 324 Abs.2 BGB könne auch in diesem Fall entsprechend angewendet werden³. Daß in den Fällen des absoluten Fixgeschäfts

1 Siehe unten, S.95 ff

2 Beuthien aaO., S.250 Fn.93; Köhler aaO., S.54

3 Boer Gruchot 54 (1910), 528; Oertmann AcP 116 (1918), 11, 32; Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.276 Fn.25; Staudinger-Werner, BGB, 10./11.Aufl. (1967), § 293 Anm.8; Esser, Schuldrecht, 3.Aufl., Bd.I (1968), § 34 III S.220; Larenz, Schuldrecht, 10.Aufl., Bd.I (1970), § 25 I c S.285; Erman-Battes, BGB, 5.Aufl. (1972), Anm.15 vor § 293

- so wird argumentiert - die Leistung gleichzeitig mit dem Ausbleiben der Mitwirkung, also dem Eintritt des Annahmeverzuges, unmöglich werde, hindere die Anwendung des § 324 Abs.2 BGB nicht. Das zeitliche Nebeneinander müsse dem zeitlichen Nacheinander gleichgestellt werden. Entscheidend sei, daß die Unmöglichkeit der Leistung gerade auf dem Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers beruhe¹. § 324 Abs.2 müsse sogar erst recht gelten, wenn die Unmöglichkeit in einem Akt durch den Annahmeverzug entstanden sei. Dem zeitlichen müsse das logische prius des Verzugs gleichgestellt werden².

Diese Ansicht verträgt sich aber nicht mit der heute allgemeinen Erkenntnis, daß Unmöglichkeit und Annahmeverzug einander ausschließen³. Zum andern ist auch hier darauf hinzuweisen, daß ein logischer Vorrang des Annahmeverzugs sich aus dem Gesetz nicht ergibt⁴.

D Gewohnheitsrechtliche Regelung der Betriebsrisikofrage

Vereinzelte findet sich die Ansicht, bei Betriebsstörungen ergebe sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung mittlerweile aus einem entsprechenden Gewohnheitsrecht⁵.

Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist, und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm

1 Larenz, Schuldrecht, 10.Aufl., Bd.I (1970), § 25 I c S.285

2 Oertmann AcP 116 (1918), 11

3 Siehe oben, S.71

4 Vgl. Köhler aaO., S.54 f

5 Gamillscheg, Prüfe Dein Wissen - Arbeitsrecht, 3.Aufl. (1973), S.151 Fall 132; Köhler aaO., S.51

anerkannt wird; notwendig sind also Rechtsübung und Rechtsüberzeugung¹.

Bezüglich der Rechtsübung ist - wie im ersten Teil der Arbeit dargelegt ist - festzustellen, daß der Grundsatz, bei Betriebsstörungen behalte der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch, seit der Zeit des Ersten Weltkrieges allgemein praktiziert worden ist. Dies war auch der Fall unter der Geltung des Arbeitsordnungsgesetzes und selbst in der Zeit unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg². Die Unmöglichkeitstheorie, die bezeichnenderweise schon zur Zeit ihrer Vorherrschaft teilweise Ausnahmen in Richtung auf den erwähnten Grundsatz hin zuließ³, wurde zuletzt - soweit ersichtlich - vom Landesarbeitsgericht Hamburg im Jahre 1955⁴ vertreten. Auch dies geschah nur in einer Hilfsbegründung und in einem Fall (Streik), für den überwiegend sowieso eine Ausnahme von dem Grundsatz angenommen wird. Eine ausreichende Rechtsübung bezüglich des Grundsatzes von der Betriebsrisikotragung durch den Arbeitgeber läßt sich somit bejahen.

Ähnliches gilt für die Rechtsüberzeugung. Sämtliche Ansichten glauben, das von ihnen gefundene Ergebnis dem Gesetz oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnehmen zu können, haben also das Bewußtsein, geltendes Recht anzuwenden. Dem steht nicht entgegen, daß die einzelnen Begründungen sehr unterschiedlich sind und sich teilweise gegenseitig ausschließen. Welche dogmatische Herleitung für den angenommenen Rechtssatz im einzelnen angeführt wird, ist unbeachtlich,

1 BVerfGE 34, 303 f; 28, 31; 22, 121; BGHZ 37, 222; RGZ 75, 41; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. (1959), § 39 S.264 ff; Palandt-Danckelmann, BGB, 34. Aufl. (1975), Art.2 EGBGB Anm.1 e

2 Vgl. zum letzteren Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.44

3 Siehe oben, S.6 ff

4 LAG Hamburg AR-Elattei, Arbeitsunfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32; vgl. hierzu oben S.40

da ein gewohnheitsrechtlicher Satz ja nicht etwa nur die dogmatische Begründung für einen anderen Rechtssatz festlegt, sondern selbst unmittelbar eine Rechtsfolge ausspricht. Dies zeigt sich auch daran, daß selbst ein Rechtsgeltungswille, der auf einem Irrtum beruht, zur Bildung von Gewohnheitsrecht ausreicht¹.

Eine entsprechende Rechtsüberzeugung der Arbeitsgerichte manifestiert sich in deren Urteilen², eine solche der Beteiligten - eine entsprechende Rechtsüberzeugung der Bevölkerungsgesamtheit ist nicht erforderlich³ - läßt sich aus den Stellungnahmen der Literatur erschließen. Wenn sich nämlich in der Literatur keine Stimme gegen die grundsätzliche Verteilung des Betriebsrisikos erhoben hat, so ist dies ein Anzeichen, daß auch die Arbeitgeberseite, die von dem fraglichen Grundsatz ja Nachteile erfährt, diesen als rechtens hinnimmt. Dieser Schluß erscheint um so gerechtfertigter, wenn man bedenkt, welche handfesten wirtschaftlichen Interessen sich bei der Betriebsrisikofrage gegenüberstehen, und wenn man sich bewußt wird, daß ein nicht unerheblicher Teil der arbeitsrechtlichen Literatur aus Auftragschriften besteht⁴, es also den betroffenen Arbeitgebern nicht schwer gefallen wäre, eine Mißbilligung dieses Grundsatzes zu artikulieren.

Wenn man nun versucht, den scheinbar bestehenden gewohnheitsrechtlichen Satz genauer zu fixieren, so kommen Bedenken an dessen Existenz auf: Man kann zwar feststellen, daß der Arbeitgeber grundsätzlich bei Betriebsstörungen Lohn zu zahlen

1 Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (1959), § 40 II S.269 f

2 Siehe oben, S.30 ff, 48 ff

3 Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung (1929), S.60 und die oben S.89 Fn.1 Zitierten

4 Vgl. hierzu etwa Brox-Nüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.5

hat, die Reichweite dieses Satzes läßt sich jedoch nicht unmittelbar bestimmen. Dies beruht darauf, daß bisher die Ausnahmen zu diesem Grundsatz noch nicht auf ihre gewohnheitsrechtliche Fixierung untersucht worden sind.

Für die wichtigste Ausnahme, den Fall des Arbeitskampfes, konnte sich bislang kein Gewohnheitsrecht bilden: Die Frage ist bis in die jüngste Zeit auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet worden¹. Zwar nimmt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts² naturgemäß eine herrschende Stellung ein, die von dieser Rechtsprechung betroffene Arbeitnehmerschaft, wie aus ihr wohl zurechenbaren literarischen Stellungnahmen³ zu entnehmen ist, hat sich damit aber nicht abgefunden.

Ähnlich verhält es sich mit den übrigen Ausnahmen. So ist im einzelnen streitig, ob der Grundsatz auch dann eingreift, wenn die Betriebsstörung auf höhere Gewalt, etwa einer Naturkatastrophe, beruht, wenn die Ursache vom Arbeitgeber also nicht beherrschbar ist⁴, wenn eine Betriebsstörung einen ganzen Gewerbebezweig oder Landstrich erfaßt (sog. generelles Betriebsrisiko)⁵ oder wenn die Lohnzahlungen zu einer Gefährdung des Betriebes führen würden⁶. Mit

1 Vgl. ArbG Kassel DB 1972, 1121 ff

2 Siehe oben, S.52 ff

3 Frey AuR 1958, 121 f; Ramm RdA 1968, 416; früher bereits Neumann Arbeitsrechtspraxis 1928, 223

4 So etwa RAG ARS 5, 38; Claren, Die Behandlung des sog. Betriebsrisikos (1930), S.38; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.14 f

5 So etwa Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.15; vgl. ferner § 76 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes von 1923; hierzu Kreller ACP 125 (1926), 61

6 Bejahend RAG ARS 3, 122; BAG AP Nr.15 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko (obiter dictum; offen gelassen von BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko); Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.354; ablehnend Richter Arbeitsrechtspraxis 1930, 217; Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S.15 ff; vgl. ferner unten, S.109 f

einzelnen dieser Punkte überschneidet sich die Unterscheidung des Reichsarbeitsgerichts zwischen Betriebsstörungen, die den Bestand des Betriebes, und solchen, die dessen Führung betreffen. Nur im letzteren Fall sollte der Lohn zu zahlen sein¹.

Diese Uneinigkeit bezüglich der Ausnahmen, die ja sehr weitgehend sind, wirkt auf den Grundsatz zurück, weil die Ausnahmen ja erst die Reichweite des Prinzips bestimmen. Man könnte zwar einen alle strittigen Fragen ausklammernden Satz bestimmen: Der Arbeitgeber ist zur Lohnzahlung verpflichtet bei Betriebsstörungen, die von ihm beherrschbar sind, nur seinen Betrieb betreffen, nicht auf einem Arbeitskampf beruhen und keine Bestandsgefährdung bewirken. Damit wäre jedoch ersichtlich nichts gewonnen.

Die oben konstatierte Rechtsübung und -überzeugung erstreckte sich also nicht - wie es zur Bildung von Gewohnheitsrecht notwendig gewesen wäre - auf einen inhaltlich genau bestimmten Rechtssatz, sondern nur, da der Streit über die Ausnahmen die Grenzen des angenommenen Satzes völlig offen ließ, auf einen Grundsatz, der höchstens als rechtlich unverbindlicher Programmsatz o.ä. zu qualifizieren ist.

E Die Feststellung der Gesetzeslücke

Da bei Betriebsstörungen stets Unmöglichkeit der Arbeitsleistungen eintritt und Vorschriften, aus denen sich ein Lohnanspruch ergäbe, nicht vorliegen², gelangte man zu dem Ergebnis, daß gem. § 323 Abs.1 S.1 BGB kein Lohn zu entrichten sei.

1 Vgl. RAG ARS 3, 122

2 Von speziellen, nur einen engen Kreis von Betriebsstörungen regelnden Vorschriften wie § 66 Abs.1, 2 Seemannsgesetz wird dabei abgesehen.

I Bisherige Versuche

Diese Folge würde wohl allgemein als unbillig empfunden: Wegen der Störung des Betriebes des Arbeitgebers, auf dessen Funktionieren der Arbeitnehmer in der Regel keinerlei Einfluß zu nehmen vermag, sollte dieser seinen Lohnanspruch, der in den meisten Fällen allein seinen Lebensunterhalt sicherstellt, verlieren, obwohl er persönlich zur Arbeitsleistung fähig und bereit gewesen ist. Die Unbilligkeit einer gesetzlichen Regelung rechtfertigt jedoch nicht ohne weiteres die Annahme einer ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke¹; vielmehr kann es sich ja auch bloß um einen sog. gesetzgeberischen Fehler handeln, den der Rechtsanwendende zu respektieren hätte. Ein Fehler im Sinne einer Kritik an der gesetzgeberischen Regelung liegt nämlich vor, wenn die Unvollständigkeit - hier das Fehlen einer einen Lohnanspruch gewährenden Norm - sich nur aus einer dem Gesetz gegenüber selbständigen kritischen Würdigung ergibt, wie dies hier der allgemeine Hinweis auf Billigkeitsmaßstäbe darstellt. Eine Regelungslücke liegt dagegen nur vor, wenn sich die Unvollständigkeit nach der immanenten Zwecksetzung des Gesetzes ergibt².

Auch andere Versuche zur Konstruktion einer Gesetzeslücke überzeugen nicht: Daß über die Behandlung der Betriebsrisikofrage seit Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsstreit zwischen Annahmeverzugs- und Unmöglichkeitstheorie³ besteht und daß "rein logisch" beide Möglichkeiten zu ver-

1 So aber wohl Galperin DRZ 1948, 193

2 Vgl. allgemein Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964), S.33 f; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl. (1979), S.259

3 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.106

treten sind¹, ist bei zahllosen Rechtsfragen in ähnlicher Weise der Fall, ohne daß man dabei je an eine Gesetzeslücke denken würde.

Auch die Tatsache, daß bereits in der Zweiten Kommission über die Frage, welche Regelung das BGB für die Betriebsrisikofälle vorsehe, Uneinigkeit bestand², führt nicht zwingend zur Annahme einer Gesetzeslücke, da die subjektive Auslegungsmethode schließlich nicht die einzige ist³, es also durchaus denkbar ist, daß das BGB auch ohne Wissen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen eine Regelung der betreffenden Frage enthält.

Schließlich kann, solange man den Arbeitsvertrag als Dienstvertrag des BGB ansieht⁴, nicht gesagt werden, daß der "individualistische Standpunkt"⁵ überholt sei. Ferner zeigt das in den Protokollen⁶ verwendete Beispiel des Fabrikbrandes, daß mit den Dienstvertragsnormen durchaus auch Probleme des industriellen Arbeitsvertrages erfaßt werden sollten⁷.

Eher auf eine Lücke deutet der Einwand hin, § 323 Abs.1 BGB gehe von einer anderen als der bei Betriebsstörungen vorliegenden Situation aus. Die Vorschrift sei zugeschnitten auf den Kaufvertrag, hier bedeute eine Unmöglichkeit der Schuldnerleistung, daß der Schuldner mit "leeren Händen" komme und dennoch die Gegenleistung wolle. Bei Betriebs-

1 Eisenstein, Die Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung (1963), S.45; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.350; Söllner AcP 167 (1967), 140

2 Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.55 unter Hinweis auf Prot.II, 218 f

3 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl. (1975), S.333 f

4 Vgl. Söllner AcP 167 (1967), 136; Neumann-Duesberg DB 1969, 262

5 RGZ 106, 275

6 Prot.II, 281

7 A. A. etwa BAG AP Nr.2 (Bl.1) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

störungen komme dagegen der Arbeitnehmer leistungsbereit zum Arbeitgeber, während dieser ihn nicht beschäftigen könne¹. Aus § 323 BGB allein läßt sich dies jedoch nicht entnehmen. Seine systematische Stellung als Norm des allgemeinen Schuldrechts zeigt vielmehr, daß er Geltung für alle besonderen Schuldverhältnisse erheischt.

Anders verhielte es sich jedoch dann, wenn den Betriebsrisikofällen entsprechende Fallgestaltungen im - dem Dienstvertragsrecht ohnehin verwandten² - Miet- und Werkvertragsrecht im Gesetz abweichend von der Regel des § 323 BGB gelöst würden. Diesen drei Vertragstypen ist gemeinsam, daß häufig zur Bewirkung der Leistung Mitwirkungshandlungen des Gläubigers notwendig sind, daß es also, wie es in Fällen von Betriebsstörungen typisch ist, geschehen kann, daß der Schuldner zwar "an sich" leisten könnte, die Leistung jedoch wegen eines Defektes auf der Gläubigerseite unterbleibt.

II Die Regelung der §§ 645, 552 BGB

Einen derartigen Fall regelt im Werkvertragsrecht § 645 BGB. Danach ist vom Besteller eine Teilvergütung zu entrichten, wenn das Werk vor Abnahme "infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von"

1 Vgl. Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.81; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.30

2 Diese Verwandtschaft äußert sich etwa darin, daß Werk- und Dienstvertrag im römischen Recht nur als Abart der Miete aufgefaßt wurden, vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, 7.Aufl. (1972), § 42 I 1 S.171. Bezeichnend sind ferner die Rückgriffe der Motive auf das Mietrecht zur Lösung dienstvertragsrechtlicher Fragen, vgl. Mot.II, 455, 461, und die zwischen Dienst- und Werkvertrag auftretenden Abgrenzungsprobleme, so Söllner AcP 167 (1967), 142.

dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden (ist), ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat".

Es ist zwar in der Literatur streitig, ob § 645 BGB den Fall erfaßt, daß die Werkherstellung unmöglich geworden ist, also eine Ausnahme von § 323 BGB festsetzt¹, oder ob diese Norm voraussetzt, daß eine erneute Herstellung möglich bleibt². § 645 BGB regelt jedoch beide Fälle³. Dies ergibt sich bereits aus seinem Wortlaut, der dem Untergang und der Verschlechterung des Werkes dessen Unausführbarkeit zur Seite stellt. Unausführbarkeit kann nichts anderes bedeuten, als daß auch ein erneuter Herstellungsversuch zum Scheitern verurteilt wäre. Wenn auch diese Formulierung nach Ansicht der Motive vorzugsweise für den Fall von Bedeutung sein sollte, daß das Material untergeht, bevor auch nur ein Teilwerk vorliegt⁴, so heißt es bereits im nächsten Satz, daß gerade mit den Worten "unausführbar geworden" ein Fall der Unmöglichkeit der Werksausführung geregelt werden sollte. Ferner ergibt sich daraus, daß die Entscheidung über eine Verpflichtung des Unternehmers zu einer erneuten Ausführung des Werkes, "w e n n eine neue Ausführung des Werkes möglich ist", offen bleiben sollte⁵.

1 Heck, Schuldrecht (1929), § 116 C 5; Soergel-Siebert-Ballerstedt, BGB, 10.Aufl. (1969), Anm.6 vor § 631

2 Staudinger-Riedel, BGB, 11.Aufl. (1958), § 644 Anm.2; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.73; Palandt-Thomas, BGB, 30.Aufl. (1971), §§ 644, 645 Anm.4

3 BGHZ 60, 18; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.35 f; Medicus JZ 1973, 369; Palandt-Thomas, BGB, 34.Aufl. (1975), §§ 644, 645 Anm.3 b cc

4 Beuthien aaO., S.73 unter Hinweis auf Mot.II, 501

5 Mot.II, 501

§ 645 BGB sollte also beide erwähnten Fallgestaltungen erfassen¹.

Schließlich erscheint die hier vertretene Ansicht allein dem Sinn des § 645 Abs.1 BGB gerecht zu werden: Aus "Billigkeitsgründen"² soll dem Unternehmer, der bereits Arbeiten geleistet hat, unter den genannten Voraussetzungen ein entsprechender Teil der Vergütung gezahlt werden. Es handelt sich hierbei um eine Ausnahme des Prinzips, daß eine Vergütung nur für das fertiggestellte Werk zu zahlen ist, vergebliche Herstellungsversuche also nicht zu entlohnen sind. Der Unternehmer soll, wenn mangelhafter Stoff oder eine Anweisung des Bestellers die Ursache des Untergangs war, für seine Arbeiten, die zwar auf der Stufe bloßer Leistungsvorbereitung stehen geblieben sind, für ihn aber dennoch einen Vermögensaufwand bedeuteten, einen entsprechenden Teillohn verlangen dürfen, ohne Rücksicht darauf, daß der Besteller hieraus keinen Vorteil ziehen kann. Diese Situation liegt nun aber unabhängig davon vor, ob eine Neuherstellung des Werkes möglich ist oder nicht. Wäre sie möglich, so würde die Vergütung für das nunmehr herzustellende Werk die Aufwendungen für den fehlgeschlagenen Leistungsversuch genauso wenig entschädigen wie dies ein Verlust jeglichen Vergütungsanspruchs im Falle der Unmöglichkeit der Werkherstellung täte.

Die Rechtfertigung für die Abweichung von dem Grundsatz, daß nur für ein fertiges Werk eine Vergütung zu zahlen ist, sieht das Gesetz, wie die von § 645 Abs.1 BGB aufgeführten Fälle zeigen, offensichtlich darin, daß die jeweiligen Störungen,

1 Die von Beuthien aaO., S.128 Fn.221 für seine Ansicht angeführte, andernfalls eintretende und nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung des Werkunternehmers durch § 645 BGB im Gegensatz zu § 324 Abs.1 BGB beruht allein auf Beuthiens Auslegung des § 324 Abs.1 BGB, die aber von der herrschenden und auch hier vertretenen Meinung abweicht, vgl. oben S.85 ff

die den Leistungserfolg verhindern, aus der Sphäre des Bestellers, des Gläubigers, stammen. Unbestritten ist wohl deshalb, daß § 645 BGB auf dem Sphärengedanken beruht. Ein Streit, dessen Behandlung im Rahmen dieser Arbeit jedoch entbehrlich ist, besteht nur über die Frage, inwieweit diesem Gedanken im Rahmen des Werkvertrages über den Wortlaut des § 645 BGB hinaus Geltung verschafft werden soll: Der Bundesgerichtshof befürwortet eine analoge Anwendung in dem Fall, daß das Werk untergeht, weil der Besteller es in eine Lage gebracht hat, die eine Gefährdung mit sich brachte und die ursächlich für den Untergang war¹, ferner dann, wenn die Person, an der oder unter deren Mitwirkung das Werk herzustellen ist, dazu nicht in der Lage ist². Weiter geht Köhler³, indem er den Besteller einstehen läßt für den Bestand und die Brauchbarkeit des Stoffes, aus dem, an dem oder mit dem das Werk auszuführen ist, wenn und solange sich der Stoff in dessen Einflußsphäre befindet. Auf diese Weise wird § 645 BGB zur Grundlage einer begrenzten Sphärentheorie gemacht. Schließlich wird § 645 BGB auch betrachtet als Anknüpfungspunkt einer allgemeinen Sphärentheorie, nach der der Unternehmer generell nicht die Gefahren aus der Sphäre des Bestellers tragen soll⁴. Ein derartiger Grundsatz sollte mit § 645 BGB nach dem Willen der 2. Kommission jedoch nicht formuliert werden⁵.

Zusammenfassend läßt sich die Regelung des § 645 BGB folgendermaßen deuten: Dem Unternehmer steht - in Abweichung von § 323 BGB, da auch Unmöglichkeitfälle erfaßt werden - eine (Teil-)Vergütung dann zu, wenn er zwar nicht die vertragliche Leistung, sondern nur eine für ihn mit Vermögensopfern verbundene Leistungsvorstufe erbracht hat, der Nichteintritt des Leistungserfolges aber auf Störungen aus der Sphäre des Bestellers beruht.

1 BGHZ 40, 75

2 BGHZ 60, 20

3 Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.46

4 Palandt-Thomas, BGB, 32. Aufl. (1973), §§ 644, 645 Anm.4 b dd 5 Prot.II, 334 f

Eine entsprechende Regelung enthält im Mietvertragsrecht § 552 BGB. Wenn danach der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit wird, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird, so stellt dies auch eine Ausnahme von § 323 BGB dar. Wenn nämlich der Vermieter dem Mieter nicht gem. § 536 BGB die Mietsache überlassen, d.h. grundsätzlich, ihm nicht den Besitz verschaffen kann¹, so hindert dies, auch wenn das Hindernis in der Person des Mieters liegt, den Vermieter an der Erbringung der vertraglichen Leistung. Bei Mietverhältnissen, bei denen der Mietzeitraum kalendermäßig bestimmt ist, tritt dann Unmöglichkeit der vertraglichen Leistung ein, da der verstrichene Zeitraum nicht nachzuholen ist, das Mietverhältnis in diesem Fall also den Charakter eines absoluten Fixgeschäftes besitzt².

Dem Vermieter steht also abweichend von § 323 BGB der Mietzins auch im Falle einer Unmöglichkeit dann zu, wenn der Bewirkung der vertraglichen Leistung nur ein Hinderungsgrund in der Person des Mieters entgegenstand, die Störung also aus der Sphäre des Gläubigers stammte. Er hat dann mit dem Bereithalten der Mietsache eine Leistungsvorbereitung erbracht, die zwar für den Gläubiger ohne Nutzen blieb, die aber für ihn mit einem Vermögensopfer verbunden ist, da er die verflossenen Gebrauchsmöglichkeiten der Mietsache nun nicht mehr anderweitig nutzen kann. Dies auszugleichen ist die Aufgabe des § 552 BGB, wie auch aus der Anrechnungsvorschrift des § 552 S.2 BGB erhellt.

1 Palandt-Putzo, BGB, 34.Aufl. (1975), § 536 Anm.3

2 BGHZ 10, 189; Planck-Siber, BGB, 4.Aufl. (1914), Anm.I vor §§ 275 - 292 S.181 f; Staudinger-Werner, BGB, 10./11.Aufl. (1967), Anm.43 vor § 275; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.32

III Eigene Ansicht

Auch für Betriebsstörungen ist es typisch, daß der Arbeitnehmer Leistungsvorbereitungen in Form der Bereitstellung seiner Arbeitskraft erbringt, diese jedoch aufgrund einer in dem Betrieb, der Sphäre des Arbeitgebers, liegende Störung nicht zum Leistungserfolg, nämlich der tatsächlichen Arbeitsleistung, führen. Diese Leistungsvorbereitungen stellen für den Arbeitnehmer einen Vermögenswert dar, der, da er sich nicht in tatsächliche, nach § 611 BGB zu entlohnende Arbeit umsetzen noch speichern läßt, für den Arbeitnehmer verlorengeht.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 552 BGB und § 645 BGB für das Miet- und Werkvertragsrecht diese Fallkonstellation ausdrücklich in dem Sinne regelt, daß der Gläubiger dem Schuldner das dessen Aufwendungen entsprechende Entgelt zu zahlen hat, so ist hieraus zu entnehmen, daß vom Standpunkt des Gesetzes aus eine derartige Regelung auch im entsprechenden Fall des Dienstvertragsrechts notwendig wäre. Das Unterbleiben einer solchen Regelung im Dienstvertragsrecht stellt somit eine - durch den seinem Wortlaut nach eingreifenden § 323 BGB "verdeckte"¹ - Regelungslücke dar².

Wie es zu dieser Gesetzeslücke kam, erschließt sich aus der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Mit dem heutigen § 615 BGB sollte ausgesprochen werden, daß der Lohnanspruch bestehen bleibt, wenn "der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig war und er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten hatte"³, also unabhängig davon,

1 Vgl. allgemein Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964), S.136 f; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl. (1975), S.262

2 So auch Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.56

3 1. et. II, 402

ob die Erfüllung durch Zeitablauf unmöglich würde oder nicht. Da man jedoch der Meinung war, die eben erwähnten Erfordernisse fielen mit denen des Annahmeverzugs zusammen, nahm man in § 615 BGB diesen als Tatbestandsmerkmal auf¹, ohne zu berücksichtigen, daß der Annahmeverzug eine Nachholbarkeit der Leistung voraussetzt². Dies geschah in der Hoffnung, durch diese Bezugnahme das Gesetz an Einfachheit und Verständlichkeit gewinnen zu lassen³ - eine Hoffnung, die unerfüllt bleiben mußte, wie bereits in der 2. Kommission beim Streit um die rechtliche Einordnung der Betriebsrisikofälle offenbar wurde⁴.

F Die Ausfüllung der Gesetzeslücke

I Bisherige Versuche

Üblicherweise wird zur Ausfüllung der im Fall von Betriebsstörungen bestehenden Gesetzeslücke - entsprechend den pauschalen Versuchen zur Begründung einer derartigen Lücke⁵ - auf allgemeine Prinzipien zurückgegriffen: Man beruft sich entweder auf das Sphärenprinzip⁶ oder auf Grundsätze wie "Einheit von Herrschaft und Haftung"⁷ oder "Wer den Vorteil hat, soll auch den Nachteil tragen"⁸. Die Feststellung, wer die Herrschaft hat bzw. den Vorteil zieht, werden dem Wirtschafts- oder im ersten Fall auch dem Betriebsverfassungs-

1 Mot.II, 463

2 Vgl. oben, S.72 ff

3 Mot.II, 463

4 Prot.II, 280 ff

5 Siehe oben, S.93 f

6 Siehe oben, S.50 f

7 Siehe oben, S.50 Fn.1

8 Siehe oben, S.49 Fn.3

recht entnommen. Völlig konturenlos wird schließlich die Lösung, wenn auf "allgemeine Grundgedanken des Arbeits- und Wirtschaftsverfassungsrechts" rekurriert wird¹, wengleich auch hier sich das Ergebnis - Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers - nicht ändert. Wieder an das Bürgerliche Gesetzbuch herangeführt wird die Lösung der Betriebsrisikofrage dagegen durch eine entsprechende Anwendung des § 645 BGB² bzw. eine Analogie zu §§ 552, 615 BGB³.

II Die Analogie zu §§ 552, 645 BGB

Welche Vorschriften hier zur Ausfüllung der Gesetzeslücke vorgeschlagen werden, ergibt sich bereits daraus, welche Normen zur Feststellung dieser Lücke verwendet worden sind, nämlich §§ 552, 645 BGB. Bereits zur Feststellung der Unvollständigkeit des positiven Rechts ist es nämlich notwendig, die Rechtsähnlichkeit des gesetzlich geregelten und des nicht geregelten Falles aufzuzeigen⁴.

Durch Übertragung der in §§ 552, 645 BGB enthaltenen Gedanken auf den Arbeitsvertrag erhält man folgende Regelung: Abweichend von § 323 BGB hat der Arbeitgeber bei Betriebsstörungen dem Arbeitnehmer dann für dessen nutzlose Leistungsvorbereitung in Form der Arbeitsbereitschaft den vollen, für tatsächliche Arbeitsleistung versprochenen Lohn zu zahlen, wenn die Störung der Arbeitgebersphäre zuzurechnen ist⁵. Mit

1 Vgl. BAG AP Nr.2 (Bl.1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 Söllner AcP 167 (1967), 142 f; Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.224; Richardi, Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.31 f; ZfA 1974, 14

3 So - beschränkt auf den reinen Dienstvertrag - Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.56 f

4 Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964), S.72

5 So auch etwa § 1155 ABGB; vgl. Tomandl AcP 164 (1964), 185

der Zahlung des vollen Lohnes steht nicht im Widerspruch, daß § 645 BGB regelmäßig nur einen Teillohn zuspricht. Entlohnt wird nämlich in §§ 552, 645 BGB entsprechend den vom Schuldner vergeblich aufgewendeten Leistungsvorbereitungen. Beim Mietvertrag - wie auch beim Arbeitsvertrag - ist dann das normale Entgelt zu entrichten, weil der Schuldner ja Leistungsvorbereitungen über den gesamten Zeitraum der Störung hin erbracht hat, während im Falle des § 645 BGB der Schuldner in der Regel nicht die gesamte, ihm obliegende Leistungsvorbereitung vorgenommen haben wird, für ihn also der nutzlose Aufwand nicht dem entspricht, den er für die gesamte Werkherstellung hätte aufbringen müssen.

Von dem zu zahlenden Lohn sind abzuziehen der Wert der vom Arbeitnehmer ersparten Aufwendungen und diejenigen Vorteile, die der Arbeitnehmer aus einer anderen Verwendung seiner Arbeitskraft erlangt. Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 552 S.2 BGB, die letztere Einschränkung bereits daraus, daß in diesem Falle der Grundgedanke der Analogie gar nicht zuträfe, da dem Arbeitnehmer keine Arbeitskraft nutzlos verloren gegangen ist.

II Der Begriff "Sphäre"

Darüber, wie die Arbeitgebersphäre festzulegen ist, besteht eine bunte Meinungsvielfalt. Typisch hierfür ist etwa die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts¹, welches hierfür nebeneinander drei verschiedene Methoden verwendet: Einmal werden der Arbeitgebersphäre zugerechnet Störungen, die die Führung des Betriebes "betreffen"; entscheidend soll also sein, wo sich die Störung auswirkt. Zur Arbeitnehmersphäre sollen Störungen gehören, die auf Handlungen der Arbeitnehmer "beruhen", und solche, die den Bestand des Betriebes gefährden.

1 Vgl. RAG ARS 3, 122

Für die Abgrenzung soll also auch ausschlaggebend sein, welche Partei für die Störung ursächlich wurde und welche weiteren Folgen die Störung bzw. eine Lohnfortzahlung zeitigen würde.

Hand in Hand hiermit geht eine Unsicherheit, wieviel Sphären denn eigentlich bestehen: zwei, d.h. je eine des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers¹, drei, d.h. zusätzlich eine neutrale bzw. beiden Parteien gleichermaßen zugewiesene Sphäre², oder gar vier, d.h. zwei Sphären, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber unmittelbar zugewiesen sind, und zwei weitere Sphären, in denen sich Störungen, die eigentlich neutral sind, auf Arbeitgeber oder Arbeitnehmer "mittelbar" auswirken³.

Nun hat der Sphärengedanke über §§ 552, 645 BGB hinaus in gesetzlichen Regelungen Eingang gefunden: So liegt er den Gefährdungshaftungstatbeständen zugrunde⁴. Im Vertragsrecht beruht § 279 BGB auf diesem Prinzip⁵. Auch Gefahrtragungsnormen wie § 446 BGB⁶ lassen sich hierauf zurückführen. Verwendet wird der Sphärengedanke von Rechtsprechung und Rechtslehre auch zur Begründung von Verkehrssicherungspflichten⁷ oder im Rahmen der Produzentenhaftung⁸, ferner zur Verteilung der Beweislast bei der positiven Forderungsverletzung⁹. Schließlich findet man selbst im öffentlichen Recht, etwa bei der Rück-

1 So wohl RAG ARS 3, 122

2 Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.221; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15.Aufl. (1958), § 57 II 1 b S.243; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.88; Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), § 34 III 2 S.220

3 Tomandl AcP.164 (1964), 194: Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965), S.341

4 Oertmann Recht 1922, Sp.8 f; Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, 10.Aufl. (1969), Anm.12 vor § 823

5 Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92

6 Erman JZ 1965, 657

7 Soergel-Siebert-Zeuner, BGB, 10.Aufl. (1969), § 823 Anm.124

8 Vgl. OLG Hamm DB 1973, 326

9 BGHZ 23, 290; BAG DB 1974, 1821

nahme rechtswidriger Verwaltungsakte, Rückgriffe auf den Sphärengedanken¹. Man könnte daher versucht sein, aus diesen Einzelfällen einen einheitlichen Sphärenbegriff zu gewinnen. Es zeigt sich jedoch, daß die einzelnen Regelungen die Sphären der betroffenen Personen dem Zweck der jeweiligen Vorschrift entsprechend unterschiedlich weit ziehen: So erstrecken sich etwa nur manche Gefährdungshaftungstatbestände auch auf höhere Gewalt². Daraus ergibt sich, daß die hier vorzunehmende Bestimmung der Sphären sich an den verwandten Fall der §§ 552, 645 BGB orientieren muß.

Als erstes folgt aus §§ 552, 645 BGB, daß darauf abzustellen ist, wo die Störung auftritt. Entscheidend ist, ob der Defekt, der die Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung hindert, die Mitwirkungshandlung des Gläubigers betrifft oder nicht, ob er also in der Person des Mieters oder an dem vom Besteller gelieferten Stoff oder im Zusammenhang mit dessen Anweisungen auftritt. Auf den Arbeitsvertrag übertragen, bedeutet dies, daß zur Sphäre des Arbeitgebers alle Störungen gehören, die seine Annahme- oder Mitwirkungshandlungen beeinträchtigen mit der Folge, daß eine Arbeitsleistung unterbleibt. Da in der Regel der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Rohstoffe, Energie, Werkzeuge und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellen muß, gehören Störungen in diesem Bereich - "Betriebsstörungen" - zu seiner Sphäre, d.h. er muß in diesem Fall abweichend von § 323 BGB in Analogie zu §§ 552, 645 BGB dem Arbeitnehmer den Lohn für die unterbliebene Arbeitsleistung zahlen.

Teilweise findet sich die Einschränkung, nur Störungen, die der Arbeitgeber beherrschen könnte, gehörten zu seiner Sphäre³.

1 BVerwGE 8, 271; 24, 299 f

2 So etwa § 32 Abs.1 S.1 LuftVG; andererseits § 7 Abs.2 StVG

3 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.88; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92; vgl. auch BAG AP Nr.15 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

Auch hier läßt sich die Antwort den §§ 552, 645 BGB entnehmen: Allgemein anerkannter Anwendungsfall des § 552 BGB ist etwa der Tod des Mieters¹, also eine in der Regel vom Gläubiger nicht beherrschbare Störung seiner Annahmehandlung. Auch dem § 645 BGB sind keine Anhaltspunkte für eine Beschränkung auf beherrschbare Störungen zu entnehmen². Eine Beschränkung der Arbeitgebersphäre auf beherrschbare Störungen ist daher abzulehnen.

Es läßt sich nun auch die Frage beantworten, mit wieviel Sphären man es beim Arbeitsvertrag zu tun hat, nämlich mit zwei. Dies ergibt sich nicht bereits daraus, daß §§ 552, 645 BGB jeweils nur eine Sphäre, die des Gläubigers, festlegen und es im übrigen bei der Folge des § 323 BGB belassen. Da die Festlegung der einen Sphäre ja zur Lösung dieser Fälle ausreichend ist - dies gilt im gleichen Maße im Arbeitsrecht³ -, läßt sich daraus noch nicht entnehmen, daß etwa die Existenz einer neutralen Sphäre abgelehnt wird. Entscheidend ist folgendes: Um den Leistungseintritt zu verhindern, muß, auch wenn die auslösende Ursache "von außen" kommt, entweder die Mitwirkungs- oder Annahmehandlung des Gläubigers oder aber der Leistungsanteil des Schuldners betroffen sein.

Einen dritten Weg gibt es nicht, auch nicht, wenn eine Störung ausnahmsweise beide Sphären unabhängig voneinander betrifft. Wenn beispielsweise eine Überschwemmung einerseits den Arbeitnehmer daran hindert, zu seinem Arbeitsplatz zu gelangen, andererseits auch durch Zerstörung eines Betriebsgebäudes das Werk des Arbeitgebers lahmlegt, so handelt es sich in Wirklichkeit um zwei Störungen, die nur von einem als einheitlich betrachteten Naturereignis ausgehen. Die Lösung

1 Palandt-Putzo, BGB, 34. Aufl. (1975), § 552 Anm. 2

2 Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S. 43

3 Vgl. Tomandl AcP 164 (1964), 114

dieses Falles im Sinne eines Lohnverlusts des Arbeitnehmers - wenn nicht § 616 BGB eingreift - ergibt sich daraus, daß zur analogen Anwendung der §§ 552, 645 BGB es nicht ausreicht, daß eine Störung in der Arbeitgebersphäre vorliegt, sondern daß diese zu einer sinnlosen Leistungsvorbereitung des Arbeitnehmers geführt haben muß, § 552 S.3 BGB analog. Diese letztere Voraussetzung ist im erwähnten Fall nicht gegeben. Andernfalls erhielte man das widersinnige Ergebnis, daß der Arbeitnehmer, solange er allein von dem Ereignis betroffen ist, keinen Lohnanspruch besäße, er diesen, sobald der Arbeitgeber auch von dem Unglück betroffen würde, allein aus diesem Grund wieder erhielte.

Mangels einer neutralen Sphäre besteht keine Notwendigkeit, auf ein "arbeitsrechtliches Schutzprinzip" zurückzugreifen, um in diesen Fällen einen Lohnanspruch zu begründen¹.

IV Ausnahmen von der Lohnzahlungspflicht

Ausnahmsweise gehört eine den Leistungsanteil des Arbeitgebers betreffende Störung dennoch nicht in dessen Sphäre, dann

1 So aber Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.88; Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), § 34 III 2 S.220; vgl. allgemein Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.83 ff.

Gegen diese Schutzprinzipslehre bestehen weitere Bedenken. Sie leitet das besagte Prinzip aus einer Reihe von Einzelsvorschriften ab, die zwar möglicherweise auf einem solchen Grundgedanken beruhen, ihn jedoch stets in unterschiedlich weit gezogenen Grenzen verwirklichen. So gewährt etwa § 616 Abs.1 BGB einen Lohnanspruch nur für "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit", § 616 Abs.2 BGB nur für sechs Wochen. Dies zeigt, daß der Gesetzgeber ein solches Prinzip auf jeden Fall nicht uneingeschränkt anerkennt. Eine unbegrenzte Anwendung dieses Prinzips würde also die gesetzgeberischen Wertungen, die hinter den einzelnen Vorschriften stehen, überspielen.

nämlich, wenn der Arbeitnehmer die Störung selbst - wenngleich nicht schuldhaft, da dann bereits § 325 BGB eingriffe - herbeigeführt hat, so etwa wenn der Arbeitnehmer, der Lohnzahlung verlangt, die ausgefallene Maschine selbst beschädigt hat¹. Zwar ist auch dann die Störung in der Sphäre des Arbeitgebers eingetreten mit der Folge, daß er allen anderen, unbeteiligten Arbeitnehmern lohnzahlungspflichtig bleibt. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Störung anders als in den sonstigen Fällen ihren Ausgang von der Person des Arbeitnehmers genommen hat. Sie hat die Sphäre des Arbeitgebers also nur mittelbar, in zweiter Linie getroffen, während der Arbeitnehmer die Störung unmittelbar verursacht hat.

Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall: Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer - ohne dies im Sinne des § 324 Abs.1 vertreten zu müssen - verletzt und dadurch die Erbringung einer Arbeitsleistung verhindert, bleibt er über § 616 BGB u.ä. hinaus zur Lohnzahlung verpflichtet. Die Störung tritt dann zwar in der Sphäre des Arbeitnehmers auf, da sein Leistungsanteil betroffen ist, der Arbeitgeber hat dann aber die Störung unmittelbar verursacht.

Diese Einschränkung rechtfertigt sich daraus, daß der Gedanke der Nähe zur Gefahr selbst ein Aspekt des Sphärengedankens ist². Schließlich findet sich diese Ausnahme gesetzlich vorgezeichnet in der Regelung des § 645 BGB. Wenn nämlich das Werk infolge einer Anweisung des Bestellers unaus-

1 Tomandl ACP 164 (1964), 201 ff; im Ergebnis für den Dienstvertrag ebenso Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), § 34 III 3 S.220; Larenz, Schuldrecht, 10.Aufl., Bd.I (1970), § 25 I c S.286 f; vgl. auch Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (1969), S.88

2 Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.II (1971), § 80 I 2 S.173 und Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis (1971), S.36 sind der Ansicht, daß etwa § 645 BGB insgesamt auf dem Gedanken der Nähe zur Gefahr beruht. Hierauf stellt auch BGHZ 60, 20 bei der analogen Anwendung des § 645 BGB ab.

föhrbar wird, dann kann es sich hierbei durchaus um eine Störung handeln, die allein den Leistungsanteil des Schuldners betrifft, die also nach dem bisher Gesagten¹ der Sphäre des Schuldners zuzurechnen wäre. Ein Beispiel hierfür ist etwa der Fall, daß der Unternehmer auf Anweisung des Bestellers ein untaugliches Herstellungsverfahren anwendet. Hier ist dann bei der Sphärenbestimmung nicht mehr darauf abzustellen, wo, d.h. an wessen Leistungsanteil, die Störung auftritt, sondern darauf, welche Vertragspartei für die Störung ursächlich geworden ist².

Da die oben erwähnte Ausnahme sich auf den Sphärengedanken selbst zurückführen läßt und sich zudem in § 645 BGB ange- deutet findet, erübrigt sich ein Rückgriff auf eine allge- meine Erwägung der Art, daß im ersten der erwähnten Fälle eine Lohnzahlung unangemessen sei, da die Regelung bei Be- triebsstörungen Arbeitnehmerinteressen schützen solle und daher keine Lösung enthalte, wenn der Arbeitnehmer die Störung selbst bewirkt.³

Keine Ausnahme ist für den Fall zu machen, daß die Betriebs- störung bzw. eine Lohnfortzahlung die Existenz des Betriebes

1 Vgl. oben, S.105

2 Allein diesen Aspekt des § 645 BGB verwendet und verall- gemeinert BGHZ 40, 75; vgl. auch Soergel-Siebert-Baller- stedt, BGB, 10.Aufl. (1969), § 645 Anm.3

3 Vgl. Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), § 34 III 2 S.220; Larenz, Schuldrecht, 10.Aufl., Bd.I (1970), § 25 I c S.286 f

bedroht¹. Aus dem Sphärengedanken läßt sich nicht herleiten, wieso eine Betriebsstörung, die grundsätzlich in der Sphäre des Arbeitgebers liegt, nur deshalb nicht mehr zu dessen Sphäre gehören soll, weil andernfalls u.U. der Ruin des Betriebes droht. Vielmehr ist es gerade eine gesetzliche Ausprägung des Sphärengedankens, nämlich § 279 BGB, in der ausgesprochen wird, daß grundsätzlich jeder für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen habe und Defekte in diesem Bereich nicht auf Vertragspartner abwälzen dürfe.

Auch läßt sich keine andere Begründung für diese Ausnahme finden: Eine Betriebsgemeinschaft in finanzieller Hinsicht, die vielleicht einen Lohnverlust rechtfertigen könnte, wird durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht geschaffen², und auch eine Einordnung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis darf nicht dazu führen, die Rechte des Arbeitnehmers aus dem schuldrechtlichen Aus-

1 Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S.14 ff; Wiethölter, Funk-Kolleg Bd.IV, Rechtswissenschaft (1968), S.288; bereits früher Hueck ARS 3 (RAG), 125; Richter, Arbeitsrechtspraxis 1930, 217; vgl. ferner Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.91 f (nur Stundung des Arbeitslohnes); a.A. die h.M.: RAG ARS 3, 122; BAG AP Nr.15 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko (obiter dictum; offengelassen von BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko); Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.219; Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.146 f; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Ed.I (1963), S.354; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl. (1969), § 615 BGB Anm.34; Richardi, Fälle und Lösungen - Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1972), S.31 Fn.42; Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.15; Palandt-Thomas, BGB, 34.Aufl. (1975), § 615 Anm.4

2 Biedenkopf aaO., S.16 f; Richter, Arbeitsrechtspraxis 1930, 217

tauschverhältnis zu verkürzen¹. Vielmehr sprechen die Privilegierungen der Arbeitnehmerforderungen durch das Konkursrecht und die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes über Massenentlassungen und Kurzarbeit dagegen, den Arbeitnehmer am wirtschaftlichen Risiko des Arbeitgebers zu beteiligen².

Bei Betriebsstörungen steht also dem Arbeitnehmer analog §§ 552, 645 BGB grundsätzlich sein Lohn zu, abzüglich ersparter Aufwendungen und des Wertes, der aus anderweitiger Verwendung der Arbeitskraft erlangt wird. Eine Ausnahme gilt, wenn der Arbeitnehmer, der Lohnzahlung verlangt, selbst die Betriebsstörung verursacht hat.

1 Biedenkopf aaO., S.16

2 Biedenkopf aaO., S.18

Dritter Teil: Betriebsrisikolehre und Lohnanspruch bei
Arbeitskämpfen

A Lohnansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer bei rechtmäßigen
Streiks

Ein gewohnheitsrechtlicher Satz, der die Lohnansprüche arbeitswilliger, die von einem rechtmäßigen Streik mittelbar betroffen werden, regelt, läßt sich nicht nachweisen¹. Ein derartiger Satz existiert auch nicht als Richterrecht, da dieses nicht als gesonderte Rechtsquelle anzuerkennen ist², wie sich etwa durch Gegenteilsschluß aus § 31 BVerfGG ergibt.

I Anwendung der allgemeinen Betriebsrisikogrundsätze

1 Vertretenmüssen des Arbeitgebers, § 324 BGB

Da bei einem Arbeitsausfall wegen einer Betriebsstörung stets Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eintritt³, ergibt sich ein Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer gem. § 324 Abs.1 S.1 BGB dann, wenn der Arbeitgeber die Unmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift zu vertreten hat⁴. Ein entsprechender Vorwurf trifft den Arbeitgeber, wenn er, etwa bei einem Streik in einem Zulieferbetrieb, nicht für eine übliche und zumutbare Lagerhaltung von Vorprodukten gesorgt hat und

1 Siehe oben, S.88 ff

2 Vgl. Scholz DB 1972, 1775 Fn.63 mit weiteren Nachweisen

3 Siehe oben, S.78 ff

4 BAG AP Nr.2; Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.50; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1.Aufl., Bd.I (1963), S.353

eine solche die Betriebsstockung verhindert hätte¹. Das-
selbe gilt, wenn er es versäumt, den Ausfall eines be-
streikten Zulieferers auszugleichen, obgleich dies möglich
gewesen wäre.

Das Nichteingehen auf Streikforderungen stellt nach allge-
meiner Meinung kein im Sinne des § 324 Abs.1 S.1 BGB vor-
werfbares Verhalten dar. Die herkömmliche Begründung, daß
in der Marktwirtschaft Unnachgiebigkeit selbst gegenüber
sozial gerechtfertigten Forderungen der Streikenden keine
Rechtspflicht verletze und somit nicht vorwerfbar sei², be-
rücksichtigt aber nicht, daß es nicht um die Existenz einer
Pflicht zum Nachgeben gegenüber den Streikenden geht - eine
solche gibt es selbstverständlich nicht -, sondern um die
Frage, ob den Arbeitgeber gegenüber den Arbeitswilligen
ein Vorwurf im Sinne des § 324 Abs.1 S.1 BGB trifft. So ist
es etwa zutreffend, den Arbeitgeber u.U. gegenüber am Ar-
beitskampf ja nicht beteiligten Abnehmern wegen schuldhaf-
ter Verletzung von Lieferpflichten haften zu lassen, und
zwar mit der Begründung, daß der bestreikte Arbeitgeber ja
die Lieferstörungen, d.h. den sie verursachenden Streik,
mit Rücksicht auf seine vertragliche Verpflichtung hätte
abwenden sollen³. Arbeitswillige Arbeitnehmer eines be-
streikten Arbeitgebers sind jedoch - hier ist ein Vorgriff
auf Ergebnisse späterer Erörterungen notwendig⁴ - auch

1 Vgl. Ballerstedt AuR 1966, 228; Ehmann DB 1973, 1998 Fn.104;
ebenso Löwisch DB 1962, 762 f für den vergleichbaren Fall
der Haftung des bestreikten Arbeitgebers aus Liefervertrag

2 Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Ent-
scheidung 32, 2.Forts.-Blatt; Natzel DB 1958, 572; Hueck-
Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963),
S.353 Fn.123; Tomandl AcP 164 (1964), 223 Fn.155; Streik
und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfs (1965), S.334;
Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von
rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965),
S.20; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis
(1970), S.92

3 Vgl. Esser JZ 1963, 492; einschränkend Brox-Rüthers, Arbeits-
kampfrecht (1965), S.260; a.A. Mayer-Maly, Die drittbetroffen-
en Betriebe im Arbeitskampf, Referat (1965), S.9 f; Hueck-
Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970),
S.957; Löwisch AcP 174 (1974), 233 ff

4 Siehe unten, S.143 ff

"kampf betroffen", so daß aus diesem Grund ihnen gegenüber eine Verpflichtung zum Nachgeben gegenüber der Streikforderung genauso wenig besteht wie im Verhältnis zu den Streikenden. Insoweit bedarf die überkommene Begründung daher einer Präzisierung.

Weiterhin ist heute anerkannt, daß die Verursachung eines Streiks durch ein rechtswidriges Verhalten des Arbeitgebers nicht ohne weiteres als "Verschulden" gewertet werden kann¹. Zur Begründung wird angeführt, daß jeder Streik sozialinadäquat sei, dessen Ziel auch auf dem Rechtswege erlangt werden könnte, daß der Arbeitgeber daher keine Veranlassung zum Streik gegeben habe. Folgerichtig wird daher ein Verschulden dann angenommen, wenn ein Streik als Antwort auf das Arbeitgeberverhalten ausnahmsweise als Selbsthilfe zulässig ist² oder wenn der Arbeitgeber durch eine vorwerfbare Ablehnung von Verhandlungswünschen der Arbeitnehmerseite den Streik hervorgerufen hat³.

-
- 1 Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I (1961), S. 607; Eisenstein, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung (1963), S. 82 f; Tomandl AcP 164 (1964), 223 Fn. 155; Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskamps (1965), S. 334; Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965), S. 20.
Stets Verschulden des Arbeitgebers haben in diesem Fall noch angenommen LAG Hannover AP 1954, 102 f; Dietz AP 1954, 104; Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2. Forts.-Blatt; Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. I (1955), S. 498; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. I (1957), S. 321 Fn. 123, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11. Aufl. (1958), § 615 Anm. 68.
- 2 Eisenstein, Die Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung (1963), S. 83; Tomandl AcP 164 (1964), 223 Fn. 155
- 3 Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965), S. 21

Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Daß ein die Betriebsstörung auslösender Streik die adäquate Folge einer Handlung des Arbeitgebers sein kann, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Streik rechtswidrig ist, denn auch ein rechtswidriges Dazwischentreten eines Dritten unterbricht nicht in jedem Fall die Zurechnung¹. Vielmehr ist auch hier entscheidend, daß bei einem Teilstreik die Arbeitswilligen "kampf betroffen" sind, daß sie sich also, genauso wenig wie die Streikenden selbst, darauf berufen dürfen, daß der Arbeitgeber durch sein Verhalten den Streik hervorgerufen und ihn im Sinne des § 324 BGB zu vertreten habe.

2 Zuordnung zur Arbeitnehmersphäre

In Fällen, in denen der Arbeitgeber die Betriebsstörung nicht zu vertreten hat, bliebe es nach dem Wortlaut des Gesetzes beim Lohnverlust gem. § 323 BGB. Hier greift jedoch die entsprechende Anwendung der §§ 552, 645 BGB ein mit der Folge, daß bei Betriebsstörungen, die der Arbeitgebersphäre zuzurechnen sind, der Lohnanspruch erhalten bleibt². Da ein Streik den Arbeitsausfall mittelbar betroffener Arbeitnehmer in der Regel durch Ausbleiben von Rohstoffen, Vorprodukten oder Energie - also Störungen der Arbeitgebersphäre³ - verursacht, behielten in diesen Fällen die Arbeitswilligen entsprechend §§ 552, 645 BGB ihren Lohnanspruch.

a Störungen des Leistungsanteils des Arbeitnehmers

Dieser Grundsatz greift natürlich dann nicht ein, wenn der Streik sich nicht unmittelbar in der Arbeitgebersphäre aus-

1 Vgl. BGH NJW 1971, 461; BGHZ 57, 30

2 Siehe oben, S. 102

3 Siehe oben, S. 105

wirkt, sondern in erster Linie den Leistungsanteil des Arbeitnehmers unterbindet. Wenn also, wie es vereinzelt bei den Streiks im öffentlichen Dienst im Februar 1974 der Fall war, Arbeitnehmer wegen streikbedingten Ausfalls ihrer Verkehrsmittel nicht in der Lage sind, ihre Arbeitsstelle zu erreichen, so trifft dies allein ihren Leistungsanteil, arbeitsbereit an der Arbeitsstätte zu erscheinen. Dies hat zur Folge, daß ihnen kein Lohnanspruch erwächst. Dem eben dargestellten Fall kommt es nicht gleich, wenn Streikposten Arbeitswillige am Betreten des Betriebs hindern¹. Daß der Betrieb zugänglich ist und nicht die Zugänge durch ein äußeres Ereignis - nichts anderes sind in diesem Zusammenhang Streikposten für die Arbeitswilligen - versperret sind, ist Leistungsanteil des Arbeitgebers.

b Verursachung der Betriebsstörung durch den Arbeitnehmer selbst

Eine zweite Ausnahme von der Lohnzahlungspflicht liegt dann vor, wenn der Arbeitswillige selbst die Störung herbeigeführt hat². Hiervon kann nur in Sonderfällen die Rede sein, wenn etwa der nunmehr Arbeitswillige persönlich zur Arbeitsniederlegung aufgerufen oder bei der Urabstimmung für den Streik gestimmt hat³. Weiterhin wäre denkbar, daß der Arbeitswillige etwa in seiner arbeitsfreien Zeit als Streikposten bei der Lahmlegung des eigenen oder eines Zulieferbetriebes mitgewirkt hat.

II Zurechnung des Streikgeschehens

Außer in den aufgeführten Fällen betrafte also der Arbeitswillige auch bei streikbedingten Betriebsstörungen analog

1 Fall des LAG Hannover AP 1954, 100

2 Siehe oben, S.107 ff

3 Fall des LG Leipzig JW 1925, 1921

§§ 552, 645 seinen Lohnanspruch. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn ihm das Verhalten anderer, etwa der Streikenden oder der Gewerkschaft, zuzurechnen ist oder wenn über den Einzelarbeitsvertrag hinausgreifende Gesichtspunkte, wie der der Kampfparität, einen Lohnverlust fordern.

1 Beherrschbarkeit des Störungsgrundes Streik

Zur Rechtfertigung eines Lohnverlustes der Arbeitswilligen wird häufig angeführt, daß diese auf den Streikverlauf Einfluß nehmen könnten, daß für sie die Störungsursache Streik daher anders als für den Arbeitgeber beherrschbar sei.

Eine Lohnzahlung wird jedoch nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Arbeitgeber auf den die Betriebsstörung verursachenden Streik keine Möglichkeit einer Einflußnahme hat¹. So ist ein anerkannter Fall einer Betriebsstörung mit Lohnzahlungspflicht das Eingreifen von Naturgewalten, welche für den Arbeitgeber ja auch nicht beherrschbar sind².

Für die Erwägung, daß ein Lohnverlust zumindest dann gerechtfertigt sei, wenn der arbeitswillige Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Einflußnahme auf das Streikgeschehen hat, wird angeführt, daß im Rahmen der Sphärentheorie Risiken, die ein Vertragspartner zu beherrschen vermag, dessen Sphäre zuzurechnen seien³. Eine eingehende Begründung fehlt, dies

1 So aber etwa BAG AP Nr.3 (Bl.3) zu § 615 Betriebsrisiko

2 Siehe oben, S.105 f

3 Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampf betroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.104

wohl deshalb, weil der Gedanke der Beherrschbarkeit durchwegs nur als Hilfsüberlegung bemüht wird¹.

Neben Bedenken theoretischer Art, daß eben die Beherrschbarkeit kein Element der Festlegung der "Sphären" ist, bestehen grundlegende Zweifel auf tatsächlichem Gebiet. Schon die Vertreter dieser Ansicht sind sich über den angeblichen Einflußbereich des einzelnen Arbeitswilligen nicht einig: Eine Einwirkung soll möglich sein bei Teilstreiks², bei Streikenden, die sich mit dem Arbeitswilligen in einer Gewerkschaft³ bzw. in verschiedenen, aber durch eine Spitzenorganisation zusammengefaßten Gewerkschaften⁴ befinden oder aber in jedem Falle⁵.

Sämtliche Ansichten gehen jedoch wohl an der Wirklichkeit vorbei. Selbst bei einem Teilstreik in einem Kleinbetrieb hat ein Arbeitswilliger in der Regel keine Möglichkeit, eine Arbeitsaufnahme herbeizuführen. Die Anwendung von Gewalt scheidet aus, und der Überzeugungskraft seiner Argumente stehen die der den Streik leitenden Gewerkschaft und ihrer Funktionäre entgegen. Hinzu kommt, daß die Streikenden, soweit sie organisiert sind, sich bereits in der Urabstimmung für den Streik ausgesprochen haben. In der Praxis versuchen umgekehrt die Streikposten Arbeitswillige mit allen Mitteln zu beeinflussen, so daß diese bestenfalls erreichen können, in den Betrieb eingelassen zu werden. Ein völlig aussichtsloses Unterfangen wäre der Versuch eines Arbeitswilligen, in einem Großbetrieb die Streikenden zur Arbeitsaufnahme zu bewegen.

1 Vgl. BAG AP Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; anders nur Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (1970), S.92 f

2 BAG AP Nr.3 (Bl.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Weiss AuR 1974, 42 Fn.34

3 Vgl. Löwisch DE 1963, 900 rechte Spalte

4 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.75

5 BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), S.220

Schließlich ist nicht ersichtlich, wie ein Arbeitswilliger einen Streik in einem womöglich weit entfernten Drittbetrieb auch nur im geringsten beeinflussen soll: Übernahme von Streikarbeit kommt nur in den seltensten Fällen in Betracht¹, ebensowenig wie eine Einflußnahme über die Gewerkschaft bzw. die Spitzenorganisation². Die einzige Möglichkeit, die ein Gewerkschaftsmitglied Nichtorganisierten voraushat, nämlich die Beteiligung an der Urabstimmung, ist zum Zeitpunkt des Kampfbeginns bereits nicht mehr gegeben; dies setzte auch noch voraus, daß Arbeitswillige und Streikende zu einem Tarifbezirk gehören.

Der Gedanke der Einflußnahme auf den Streik rechtfertigt es daher nicht, Arbeitswilligen bei streikbedingten Betriebsstörungen den Lohn zu versagen³.

2 Breitenwirkung des Streikergebnisses

Der Lohnverlust Arbeitswilliger bei streikbedingten Betriebsstörungen wird weiterhin mit einem möglichen "Modellcharakter" des Streikergebnisses begründet: Auch der nicht streikende Arbeitnehmer profitiere von einem erfolgreichen Streik, da auf weite Sicht die erkämpften Verbesserungen in mehr oder weniger großem Umfang allen Arbeitnehmern zugute kämen⁴. Dies

1 Vgl. Weiss AuR 1974, 42

2 So BAG AP Nr.2 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; ablehnend bereits LAG Elberfeld ARS 3, 130

3 Vgl. auch Löwisch DB 1963, 900; Weiss AuR 1974, 42

4 BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Elberfeld ARS 3, 129; LAG Hannover AP 1954, 103; Dietz AP 1954, 104; Bulla AR-Blattei, Arbeitsausfall II, Betriebsstörung, Entscheidung 32, 2.Forts.-Blatt; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11. Aufl. (1958), § 615 Anm.68; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.354; Eisenstein, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung (1963), S.72 f; Tomandl AcP 164 (1964), 225

geschehe zumindest dadurch, daß der Stand des mittleren Lohnes aller Arbeitnehmergruppen erhöht werde, was zwingend lohnsteigernd wirke¹. Wenn auch die Arbeitswilligen gegenüber dem Arbeitgeber "Nutznieser der kollektiven Machtposition der Arbeitnehmerschaft und ihrer Kampfmittel"² seien, sei es gerechtfertigt, ihnen die damit verbundenen Nachteile in Form des Lohnverlustes aufzuerlegen.

Die eben skizzierte Auffassung ist jedoch abzulehnen³. Zum ersten vereinfacht diese Ansicht die tatsächlichen Verhältnisse auf unzulässige Weise. Zwar ist allgemein bekannt, daß bislang die Metallindustrie, und hier vor allem der Tarifbezirk Nordwürttemberg/Nordbaden, eine Art Vorreiter bei anstehenden Lohnrunden darstellte. Dennoch ist es zu wenig differenziert, sich mit der Feststellung zu begnügen, daß vielfach die Arbeitswilligen vom Arbeitskampfergebnis profitierten. Hierbei wird nicht in Erwägung gezogen, daß der Arbeitskampf ja auch für die Streikenden selbst erfolglos ausgehen kann⁴; zum anderen ist denkbar, daß sich ein Streik sogar gegen die Interessen der Arbeitswilligen richtet. So ist etwa der Metallarbeiterstreik 1957 in Schleswig-Holstein, durch den die Lohnfortzahlung für Arbeiter tariflich der Regelung der Angestelltenverträge angeglichen werden sollte, sicher nicht im Interesse der Angestellten geführt worden. Weiter ist der Fall denkbar, daß ein Streik in einem Zuliefererbetrieb dort die Lohnkosten und damit den Preis des

1 LAG Elberfeld ARS 3, 129

2 LAG Hannover AP 1954, 103

3 So auch Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.75; Ballerstedt AuR 1966, 225; Lanz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.97 ff; Weiss AuR 1974, 42 f; ferner bereits Erdmann, Von der Wandlung zum sozialen Recht (1932), S.93

4 Vgl. Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.97 f

Vorproduktes dermaßen erhöht, daß der mittelbar betroffene Betrieb Marktchancen einbüßt und dadurch die Arbeitsplätze der hier Beschäftigten gefährdet werden. Auch ist es ein Trugschluß, zu glauben, daß dann, wenn alle Tarifabschlüsse in den verschiedenen Branchen sich in einer Größenordnung bewegen, dies allein oder auch nur zu einem großen Teil Folge eines ersten, u.U. erkämpften Tarifabschlusses wäre. Vielmehr legen andere Umstände (Maß der Geldentwertung, konjunkturelle Lage) bereits von vornherein einen Rahmen für die Tarifabschlüsse fest. Daß ein Arbeitskampf nicht einmal innerhalb einer Branche einen "Signaleffekt" haben muß, zeigte sich etwa im März 1974 in der Metallindustrie: Im Tarifbezirk Unterweser mit seiner gut beschäftigten Werft- und Flugzeugindustrie kam es zum Arbeitskampf, während es in anderen Bezirken, die sonst "kampffreudig" waren, wegen der Lage in der Automobilindustrie noch vor oder während dieses Streiks zu Abschlüssen kam.

Zu diesen Bedenken im tatsächlichen Bereich treten durchschlagende rechtliche Zweifel. Ein Prinzip, daß derjenige, der aus einer Handlung eines anderen einen Vorteil zieht, bestimmte Nachteile auf sich nehmen müßte, findet sich in unserer Rechtsordnung nicht¹. So warten auf Käufer, die von einem Wettbewerb auf Verkäuferseite profitieren, genauso wenig Nachteile wie auf jemanden, der sich auf das Ergebnis eines von einem anderen geführten Musterprozesses beruft.

Selbst ein Satz, daß derjenige, der von der Handlung eines anderen profitiert, diesem zu einem Ausgleich verpflichtet wäre, gilt nicht allgemein². Selbst wenn ein solches Prinzip existierte, wäre es - da ja allein der Vortsil aus dem Streik entscheidend sein soll - willkürlich, nur bestimmte

1 Vgl. Fischer, Das Problem der Arbeitnehmersolidarität im Arbeitsrecht, Diss. (1963), S.104

2 BAG AP Nr.13 (Bl.20 R) zu Art.9 GG; Hueck RdA 1961, 147; Kauffmann AuR 1961, 270; Klingmüller, Festschrift Nipperdey, Bd.I (1965), S.483

Arbeitnehmer, nämlich die, die zufällig in einem Abnehmerbetrieb des bestreikten Betriebes arbeiten, einen Nachteil erleiden zu lassen, wo doch angeblich alle Arbeitnehmer von dem Streik profitieren. Schließlich bedürfte es einer Rechtfertigung, wieso der Nachteil der aus dem Streik Gewinn ziehenden Arbeitnehmer denn gerade in einem Lohnverlust bestehen soll, wieso also ein am Streik ja unbeteiligter Dritter, nämlich ihr Arbeitgeber, einen Vorteil erlangen soll. Endlich wäre zu berücksichtigen, daß ja auch Arbeitgeber aus einem Streik, wenn dieser abgewehrt wird, u.U. Vorteile ziehen, daß dann nämlich die gewerkschaftliche Forderung fallen gelassen wird¹.

Bedenken solcher Art waren es wohl, die Rechtsprechung und Literatur teilweise zu Einschränkungen veranlaßt haben. So sieht das Arbeitsgericht Kassel² als Grundsatz des Kampf-
risikos an, daß "alle Arbeitnehmer, in deren Interesse ein Arbeitskampf geführt wird, auch die Nachteile in Kauf nehmen müssen, die ein Arbeitskampf mit sich bringt, z.B. das Lohnrisiko". Ein derartiges Interesse sei nur gegeben, wenn die den Streik führende Gewerkschaft auch für den mittelbar betroffenen Betrieb tariflich zuständig sei und wenn für den Tarifbezirk des mittelbar betroffenen Betriebes Verhandlungen zumindest unmittelbar bevorständen. Doch auch mit dieser Modifizierung vermag die Berufung auf die Breitenwirkung des Streikergebnisses nicht zu überzeugen. Die Zweifel an der Existenz des angeführten Rechtssatzes bleiben bestehen, und auch dessen Herleitung aus dem Grundsatz des Kampf-
risikos überzeugt nicht³. Zum anderen trifft der herangezogene Erfahrungssatz, daß im angeführten Fall der Streik auch auf die Arbeitgeberseite im anderen Tarifbezirk Druck ausübe, da er auch hier die Kampfbereitschaft der Gewerkschaft

1 Vgl. Weiss AuR 1974, 43

2 ArbG Kassel DB 1972, 1123

3 Siehe unten, S.154 ff

offenbare¹, nicht generell zu. Dies zeigen etwa die bereits früher erwähnten Fallkonstellationen².

Eine noch weitergehende Beschränkung des Bereichs, in dem der Streikerfolg unbeteiligten Arbeitnehmern einen Vorteil bringen soll, nimmt Wiedemann³ vor: Eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen könne der Streik den Nichtstreikenden nur bringen, wenn er auch ihren Lohn - tatsächlich oder rechtlich - als "richtiges" Entgelt in Frage stelle, was praktisch nur im Einzugsbereich der umkämpften kollektiven Regelung der Fall sei. In diesem Fall lasse sich im Gegenseitigkeitsverhältnis ein Lohnverlust rechtfertigen. Das Arbeitsverhältnis sei insoweit "offen", als sich darin durch Tarifvertrag, betriebliche Übung oder Gleichstellungsabrede die Kampfziele niederschlugen. Es ist dies eine Überlegung, die auch zur Begründung des Rechts von Außenseitern, sich an gewerkschaftlichen Streiks zu beteiligen, verwendet wird⁴. Verdient auch das gefundene Ergebnis Zustimmung⁵, so gilt dies nicht von der Begründung. Es bestehen vielmehr die gleichen Bedenken, wie sie gegen die Heranziehung des Vorteilarguments allgemein bestehen⁶. Diese werden auch nicht dadurch zerstreut, daß behauptet wird, die Chance auf Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der Lohnverlust stünden in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Diese Formulierung stellt sich nämlich, da man von einem Synallagma zwischen der Aussicht auf Lohnverbesserung und dem Lohnverlust sicher nicht sprechen kann, als bloße Umschreibung des Satzes "Wer den Vorteil hat, muß auch den Nachteil tragen" dar, so daß die dagegen bestehenden Bedenken auch hier eingreifen.

1 ArbG Kassel DB 1972, 1123

2 Siehe oben, S.121

3 Wiedemann RdA 1969, 333; vgl. hierzu oben, S.56 f

4 Kraft RdA 1968, 436

5 Siehe unten, S.145 ff

6 Siehe oben, S.121 f

3 Solidarität der Arbeitnehmerschaft

Am häufigsten wird der Lohnverlust Arbeitswilliger mit der Solidarität der Arbeitnehmer gerechtfertigt. Entwickelt wohl aus dem vom Reichsgericht herangezogenen Gedanken der Betriebsgemeinschaft¹ - der Ausdruck Solidarität taucht in diesem Zusammenhang zuerst bei Hueck auf² -, faßte der Solidaritätsgedanke in Rechtsprechung und Literatur der Weimarer Zeit Fuß³, ohne daß jedoch das Reichsarbeitsgericht sich zu ihm bekannt hätte⁴. Weitestgehende Anerkennung fand er mit den einschlägigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts⁵. Hierdurch wurde auch die Frage nach der Reichweite - ob die Solidarität sich etwa beschränke auf Arbeitnehmer eines Betriebes⁶, auf Arbeitnehmer innerhalb einer Gewerkschaft⁷, auf Arbeiter bzw. Angestellte⁸ oder auf Arbeitnehmer, die sich durch Handlungen ausdrücklich mit den Streikenden solidarisieren⁹ - entschieden im Sinne einer Solidarität aller Arbeitnehmer. Diese Verbundenheit will man mittlerweile auch über staatliche Grenzen hinaus anerkennen¹⁰. Jedoch

1 RGZ 106, 275 f; vgl. dazu oben, S.30 ff

2 Hueck JW 1923, 831

3 LAG Elberfeld ARS 3, 129; Oertmann Recht 1922, Sp.10; Titze JW 1922, 550; Pöthhoff Arbeitsrecht 1923, Sp.679; Hueck JW 1923, 831; ARS (LAG) 3, 132

4 RAG ARS 3, 116; 7, 467

5 BAG AP Nr.2 (Bl.2); Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Kauffmann DB 1957, 846; DB 1966, 33 ff; Natzel DB 1958, 573; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.353 f; Eisenstein, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung (1963), S.67 ff

6 Vgl. Galperin RdA 1949, 11 f

7 Vgl. Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.156

8 Vgl. Molitor BB 1953, 886; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I (1955), S.498

9 Vgl. Erdmann, Von der Wandlung zum sozialen Recht (1932), S.97

10 Vgl. Nipperdey, Festgabe Günther Küchenhoff (1967), S.144

ist die Kritik am Solidaritätsargument gerade in jüngster Zeit sehr erstarkt¹.

a Wortgebrauch

Der Begriff Solidarität ist den Sozialwissenschaften entlehnt. So hat er etwa Verwendung gefunden im Solidaritätsprinzip, einem Grundsatz der katholischen Soziallehre, der als "Zweiseitigkeitslehre" eine Vermittlung vornehmen will zwischen einseitigem Individualismus, der die Gemeinschaft nur als Hilfskonstruktion zur Förderung des privaten Nutzens versteht, und einem das Eigenrecht des Individuums mißachtenden Kollektivismus².

Eine einheitliche Ausdeutung des Begriffs Solidarität ist nicht möglich³. Gemeinsam ist wohl allen Bedeutungen, daß Solidarität einen Zustand bezeichnet, in dem eine Vielheit sich als Einheit verhält⁴.

Je nachdem, auf welchem Gebiet das als Solidarität bezeichnete Verhalten sich äußert, kann man unterscheiden zwischen innerer, äußerer und Interessensolidarität⁵. Innere oder

1 ArbG Kassel DB 1972, 1122; Säcker DB 1969, 1894; Wiedemann RdA 1969, 333; Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S.18 f; Richardi RdA 1970, 70; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampf betroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.83; Weiss AuR 1974, 40 f

2 Vgl. Cordes, Evangelisches Staatslexikon, Hg. Kunst-Grundmann (1966), Sp.1973 f

3 Cordes aaO., Sp.1973; Vierkandt, Wörterbuch der Soziologie, Hg. Bernsdorf, 2.Aufl. (1969), S.944

4 Vierkandt aaO., S.944

5 Vierkandt aaO., S.944 ff; Geib, Begriff, Formen und Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs und der Formen der Solidarität und unter Einschluß des Begriffs und der Zulässigkeit des Hilfsarbeitskampfes, Diss. (1970), S.81 ff

Gesinnungssolidarität besteht zwischen Personen, die in ihrem inneren Zustand wechselseitig voneinander abhängen, äußere oder Solidarität des Handelns zwischen Personen, die in ihrem äußeren Zustand oder Verhalten voneinander abhängen. Interessensolidarität schließlich bezeichnet eine auf Sachlichkeit, auf gemeinsamen Interessen beruhende Verbundenheit.

Eine zweite Differenzierung knüpft an die Ursache der Verbundenheit an¹: Eine auf natürlichen Umständen beruhende wechselseitige Abhängigkeit von Personen wird als "natürliche" Solidarität bezeichnet; den Gegensatz dazu bildet die freiwillig oder durch Gesetz geschaffene "gewollte" Solidarität.

Diese vielfältigen Unterscheidungsmöglichkeiten - eine weitere besteht zwischen mechanischer Solidarität, deren Quelle die Gleichheit und Ähnlichkeit ist, und organischer Solidarität, die auf der Verschiedenartigkeit der Funktionen beruht² - erscheinen auch im juristischen Sprachgebrauch: So ist beispielsweise mit der vom Bundesarbeitsgericht³ angenommenen Verbundenheit sämtlicher Arbeitnehmer eine natürliche Handlungs- und Interessensolidarität angesprochen. Wenn im Gegensatz hierzu eine solidarische Verbundenheit auf Gewerkschaftsmitglieder beschränkt wird⁴, so wird eine natürliche Solidarität nicht als zur Herleitung von Rechtsfolgen ausreichend angesehen, sondern eine freiwillige, d.h. gewollte, gefordert. Teilweise wurde auch eine äußere bzw. Interessensolidarität als rechtlich unbeachtlich empfunden und ausdrücklich auf

1 Vgl. Geib aaO., S.76 ff mit weiteren Nachweisen

2 Vgl. Geib aaO., S.83 mit weiteren Nachweisen

3 BAG AP Nr.2 (Bl.3); Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

4 Jorns, Das Betriebsrisiko (1957), S.156; vgl. Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S.21

eine innere Solidarität abgestellt¹. Der Gedanke der organischen Solidarität klingt nur vereinzelt an, so bei der vom Reichsgericht angenommenen Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern² und bei der Lehre vom kollektiven Angebot³.

b Rechtliche Auswirkungen

aa Solidarität als Rechtsprinzip

Entscheidend ist, ob ein Rechtssatz existiert, der beim Vorliegen einer Solidarität zwischen Arbeitswilligen und Streikenden eine Zurechnung der Handlungen der letzteren gegenüber den Nichtkämpfenden gebietet, was zur Folge hätte, daß diese bei kampfbedingten Betriebsstillegungen ihres Lohnes verlustig gingen. Hierbei macht es sich das Bundesarbeitsgericht einfach mit der Feststellung, daß die "allseitige Solidarität der Arbeitnehmerschaft nicht nur ein soziologisches Phänomen", sondern ein "in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip" sei⁴.

Ein derartiger Rechtssatz, für den sich auch in der Literatur keine Begründung findet, existiert nicht. Allein eine Solidarität zwischen Personen rechtfertigt noch keine gegenseitige Zurechnung von Handlungen. Dies ist außer Frage für andere Personengruppen, die man mit mindestens der gleichen Berechtigung wie die Arbeitnehmerschaft als solidarisch bezeichnen könnte, wie etwa Familienmitglieder oder Angehörige

1 Vgl. Erdmann, Von der Wandlung zum sozialen Recht (1932), S.97

2 RGZ 106, 275 f

3 Siehe oben, S.21 f, 41 f

4 BAG AP Nr.3 (B1.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

eines Staates oder einer Religionsgemeinschaft. Wenn gerade für die Klassenzugehörigkeit etwas anderes gelten sollte, wäre dies - worauf mit Recht hingewiesen worden ist¹ - eine eigenartige Anerkennung der "Solidarität des Proletariats".

Zum anderen wäre eine Bezugnahme auf die Solidarität, wie es das Bundesarbeitsgericht tut, angesichts der vielfachen Differenzierungsmöglichkeiten und Intensitätsgrade, die eine Verbundenheit zwischen Arbeitnehmern annehmen kann, zu unbestimmt.

Schließlich besteht gegen eine derartige Haftung der gleiche Einwand, wie er gegen die Lehre vom kollektiven Angebot² mit Recht erhoben worden ist³: Konsequenterweise müßte nach der gegebenen Begründung ein Lohnverlust Arbeitswilliger auch dann eintreten, wenn die Betriebsstockung auf der Krankheit oder einem Sabotageakt eines anderen Arbeitnehmers beruht. Wenn nämlich dem Arbeitswilligen Handlungen von mit ihm solidarischen Arbeitnehmern zugerechnet werden müssen, so läßt sich nicht begründen, daß sich die angenommene Solidarität auf kollektive Handlungen beschränke⁴. Dem behaupteten Solidaritätsprinzip läßt sich diese Ausnahme jedenfalls nicht entnehmen.

Wenn es auch keinen Rechtssatz gibt, wonach bei Solidarität stets eine Haftung in Form von Lohnverlust bei streikbedingten Betriebsstörungen eintritt, so sind doch zwei andere

1 Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S.18 f; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.81

2 Siehe oben, S.21 f, 41 f

3 Vgl. unten, S.130

4 So aber RAG ARS 10, 524; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.353 Fn.124

Möglichkeiten zur Begründung eines derartigen Lohnverlustes im Zusammenhang mit einer Verbundenheit der Arbeitnehmer denkbar: Einmal kann eine tatsächlich bestehende Solidarität von Arbeitswilligen und Streikenden das Tatbestandsmerkmal eines - nicht speziell auf Solidarität abstellenden - Rechtssatzes ausfüllen, welcher dann einen Lohnverlust anordnet (vgl. unten, bb). Schließlich könnte ein Rechtssatz existieren, der unabhängig von einer tatsächlich gegebenen Verbundenheit eine Haftung der Arbeitswilligen im Sinne eines Lohnverlustes anordnet. Dies wäre ein Fall von gewollter, weil gesetzlich geschaffener, äußerer Solidarität. Solidarität wäre hier aber Folge, nicht Voraussetzung des den Lohnverlust anordnenden Rechtssatzes. Auf diese Weise könnte man natürlich sämtliche nur denkbaren Gründe für einen Lohnverlust unter dem Gesichtspunkt der Solidarität erörtern, wie es etwa Gamillscheg tut, wenn er in diesem Zusammenhang Überlegungen, die die Kampfparität betreffen, anstellt¹. Die Untersuchung an dieser Stelle soll jedoch beschränkt bleiben auf Fälle, die herkömmlicherweise als rechtliche Anerkennung einer Arbeitnehmersolidarität betrachtet werden (vgl. unten, cc).

bb Andere rechtliche Folgerungen aus tatsächlicher Solidarität

Eine tatsächlich bestehende Solidarität könnte etwa zur Folge haben, daß dem Arbeitswilligen die Handlungen der Streikenden gemäß § 278 BGB zuzurechnen sind. Eine derartige Haftung scheitert jedoch bereits daran, daß bezüglich der Arbeitsleistung der Streikenden den Arbeitswilligen keinerlei vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber - nicht bei einem Teilstreik und schon gar nicht bei einem Streik in

1 Gamillscheg, Festschrift Fechner (1973), S.151

einem Drittbetrieb - trifft, soweit nicht etwa ein Gruppenarbeitsverhältnis vorliegt¹.

Der gleiche Einwand gebietet auch eine Ablehnung der Lehre vom kollektiven Angebot². Danach soll sich die durch die Arbeitsteilung hervorgerufene organische Solidarität der Arbeitnehmer eines Betriebes dahin auswirken, daß diese ihre Arbeit rechtswirksam nur gemeinsam anbieten können, so daß bei einem den Betrieb stilllegenden Teilstreik alle Arbeitnehmer ihren Lohn verlören. Diese Ansicht muß sich schließlich zu Recht Inkonsequenz vorwerfen lassen, da sie einen Lohnverlust nur bei streikbedingten, nicht aber bei etwa durch Krankheit eines Arbeitnehmers verursachten Betriebsstörungen eintreten lassen will, während eine derartige Einschränkung sich der Ausgangsüberlegung nicht entnehmen läßt³.

Zu erwähnen ist ferner der angebliche Rechtssatz, daß derjenige, der aus einem Ereignis einen Vorteil zieht, auch die damit verbundenen Nachteile zu tragen habe. Die natürliche äußere und Interessensolidarität der Arbeitnehmerschaft, die sich in der Breitenwirkung von Streikergebnissen zeige, rechtfertige danach den Lohnverlust der Arbeitswilligen⁴. Der hierbei bemühte Rechtssatz existiert jedoch nicht, noch ist die tatsächliche Lage so, wie sie vorausgesetzt wird⁵.

1 Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.227 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.788 ff

2 Siehe oben, S.21 f, 41 f

3 Nörpel Arbeitsrecht 1926, Sp.100; Kreller AcP 125 (1926), 59 Fn.202; Nikisch JhJ 80 (1930), 122 Fn.79; Tomandl AcP 163 (1964), 214; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.44

4 Siehe oben, S.119 ff

5 Siehe oben, S.120 ff

Entsprechendes gilt von der ebenfalls bereits an anderer Stelle abgelehnten Ansicht, daß die Arbeitswilligen die Streikenden beeinflussen könnten und daß ihnen wegen dieser angeblichen Beherrschbarkeit des Streiks der Lohn zu versagen sei¹. Eine derartige Möglichkeit der Einflußnahme wäre - würde sie bestehen - als natürliche äußere Solidarität zu klassifizieren.

An einen allgemein anerkannten Rechtssatz wird dagegen angeknüpft, wenn das Verlangen der Arbeitswilligen als arglistig abgelehnt wird, wobei aus der natürlichen Interessensolidarität der Arbeitnehmer eine Vermutung für ein arglistiges Zusammenwirken mit den Streikenden hergeleitet wird². Zutreffend ist, daß das Lohnverlangen gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung darstellen kann³. Dies ist jedoch nicht schon dann der Fall, wenn der Arbeitswillige ein "Gesinnungsgenosse" der Streikenden ist - eine derartige Haftung ist unserer Rechtsordnung fremd⁴ -, sondern erst, wenn sich die Verbundenheit in Handlungen manifestiert. Dann jedoch tritt ein Lohnverlust bereits gemäß der entsprechenden Anwendung der §§ 552, 645 BGB ein⁵; ein Rückgriff auf § 242 BGB erübrigt sich damit.

cc Solidarität als Folge einer gesetzlich angeordneten Haftung

Es ist denkbar, daß ein Rechtssatz eine Haftung Arbeitswilliger für Streikende in der Form des Lohnverlustes bei streikbedingten Betriebsstörungen anordnet und daß hierbei eine

1 Siehe oben, S.117 ff

2 Siehe oben, S.15 ff, 42

3 Vgl. allgemein Palandt-Heinrichs, BGB, 34.Aufl. (1975), § 242 Anm.4 d

4 Vgl. etwa Weiss AuR 1974, 41; Pfarr-Kittner RdA 1975, 292 f

5 Siehe oben, S.107 ff

angenommene tatsächliche Verbundenheit der Arbeitnehmer zwar rechtspolitischer Grund ist, ohne daß jedoch eine derartige Solidarität zum Tatbestandsmerkmal erhoben wird. Auf der Suche nach einem solchen Rechtssatz bietet sich eine Betrachtung der Fälle an, bei denen gewöhnlich von einer rechtlichen Anerkennung der Solidarität der Arbeitnehmerschaft gesprochen wird.

Um einen Lohnverlust bei streikbedingten Arbeitsausfällen zu rechtfertigen, reicht es in diesem Zusammenhang natürlich nicht, wenn in einem u.U. völlig andersartigen Fall der Gesetzgeber die Arbeitnehmerschaft als Einheit, als untereinander abhängig, betrachtet. Denn einmal gibt es nicht die Solidarität, zum anderen sind die in den im folgenden behandelten Fällen in Frage stehenden Rechtsfolgen von der eines Lohnverlusts bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen oft zu verschieden, als daß sich Schlüsse auf die Betriebsrisikoverteilung ziehen ließen. Die Frage muß daher gestellt werden nach der Existenz eines Rechtssatzes, der die Arbeitnehmer als solidarisch verbunden behandelt und dessen Übertragung auf den Fall streikbedingter Betriebsstörungen einen Lohnverlust bewirkt.

Mit Recht wird davon gesprochen, daß § 1 Abs.3 KSchG eine Solidarität der Arbeitnehmer des Betriebes festlege¹. Das Gesetz schafft hier eine äußere Abhängigkeit der Arbeitnehmer untereinander. Dies geschieht in der Form, daß die Frage, ob einem von ihnen gekündigt werden kann, auch von der sozialen Schutzwürdigkeit seiner Arbeitskollegen abhängt. Der Einwand, man könne bei einem bloßen Dulden nicht von einem Solidaritätsakt sprechen², geht fehl, da Solidarität ja nicht begriffsnotwendig freiwillig sein muß³. Eine gänzlich andere Frage ist jedoch, ob dieser Fall einer gesetz-

1 Vgl. Müller DB 1958, 712

2 Vgl. Herschel AP Nr.45, 46 (Bl.3), zu § 1 KSchG

3 Siehe oben, S.126

lichen Solidarität eine Lösung für streikbedingte Betriebsstörungen bietet. Dies ist zu verneinen, da die geregelten Sachverhalte zu unterschiedlich sind: So handelt es sich bei § 1 Abs.3 KSchG um ein innerbetriebliches Entstehen der Arbeitnehmer füreinander in der Form, daß innerhalb einer als Einheit betrachteten Gruppe von Arbeitnehmern der eine zugunsten eines sozial schutzbedürftigen Kollegen den Arbeitsplatz verliert; der Nachteil des einen Arbeitnehmers ist unmittelbar mit dem Vorteil des anderen verknüpft. Bei der für Betriebsrisikofälle angenommenen Solidarität soll es sich dagegen handeln um eine über den Betrieb hinausgehende Zurechnung von tatsächlichem Verhalten; diese Zurechnung käme im Ergebnis nicht anderen Arbeitnehmern, sondern dem Arbeitgeber des mittelbar betroffenen Betriebes zugute. Schließlich soll die im Rahmen der Betriebsrisikolehre benutzte Solidarität sich ausschließlich auf kollektive Handlungen beschränken, während § 1 Abs.3 KSchG mit Arbeitskämpfen in keinerlei Zusammenhang steht.

Auch § 104 BetrVG stellt einen Fall äußerer, gesetzlicher Solidarität dar, da das Verbleiben des störenden Arbeitnehmers von seinem Verhältnis zur übrigen Belegschaft abhängt¹. Eine Übertragung auf streikbedingte Betriebsstörungen ist aus den bereits bei § 1 Abs.3 KSchG erwähnten Gründen unmöglich.

Ebenso macht der Gleichbehandlungsgrundsatz² die Arbeitsverhältnisse verschiedener Arbeitnehmer voneinander abhängig, bewirkt also eine äußere, gesetzliche Solidarität³. Für den Fall arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen führt seine

1 Müller DB 1958, 714

2 BAG AP Nr.3 ff zu § 242 BGB Gleichbehandlung; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.417 ff; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966), S.92 ff

3 Müller DB 1958, 713

Anwendung jedoch nicht zu einem Lohnverlust der Arbeitswilligen, da zwischen Streikenden und Arbeitswilligen bei der Lohnzahlung sinnvollerweise differenziert werden kann.

Die §§ 636, 637 RVO und die ihnen vorausgehende Rechtsprechung zum Kameradenunfall¹ stellen - ebenso wie die Rechtsprechung zur Einschränkung von Gratifikationsansprüchen² - Fälle gesetzlich geschaffener, äußerer Solidarität dar. Eine Übertragung auf streikbedingte Betriebsstörungen scheitert jedoch an der mangelnden Vergleichbarkeit der geregelten Fälle. Es gilt hier nichts anderes als beim Versuch einer analogen Heranziehung von § 1 Abs.3 KSchG.

Auch aus den Grundsätzen über die Ablehnung von Streikarbeit³ lassen sich keine Folgerungen für das Lohnrisiko bei Streiks ziehen, wenngleich beide Fälle immerhin gemeinsam haben, daß es sich um eine Verbundenheit von Arbeitnehmern bei einem Arbeitskampf handelt. Wenn ein Arbeitnehmer direkte Streikarbeit ablehnen darf, so steht dahinter kein Rechtsprinzip, welches einer Transponierung auf Betriebsrisikofälle zugänglich ist. Streikarbeit verweigern darf der Arbeitnehmer nämlich, wenn und weil ihm eine Tätigkeit als Streikbrecher unzumutbar ist⁴. Grund der Unzumutbarkeit kann sein eine tatsächliche innere Solidarität oder auch nur die Angst vor Repressalien der Streikenden⁵. Die allgemein anerkannte Rechtsfigur der Zumutbarkeit⁶ und nicht eine zum selbständigen Rechtsprinzip erhobene Solidarität - so aber

1 BAG AP Nr.4 zu §§ 898, 899 RVO

2 BAG AP Nr.51 zu § 611.BGB Gratifikation

3 BAG AP Nr.3 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.203 f; Nikisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., Bd.I (1961), S.286 f; Rüthers ZfA 1972, 411 ff

4 BAG AP Nr.3 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Rüthers ZfA 1972, 413

5 Vgl. hierzu etwa LAG Leipzig ARS 17, 46

6 Vgl. Esser, Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I (1970), S.42

das Bundesarbeitsgericht¹ - rechtfertigt die Arbeitsverweigerung. Dies zeigt folgende Überlegung: Das Bundesarbeitsgericht läßt in seiner einschlägigen Entscheidung² offen, ob ein wilder Streik vorliegt, es will aber anscheinend auch hierfür eine Verweigerung von Streikarbeit zulassen. Wäre nun eine zu einem Rechtsprinzip erhobene Solidarität Rechtfertigungsgrund für eine Verweigerung, so wäre die Verweigerung rechtswidrig, da eine Solidarität mit einem wilden und daher rechtswidrigen Streik nicht rechtfertigen könnte, wie das Bundesarbeitsgericht an anderer Stelle selbst feststellt³. Eine tatsächliche innere Verbundenheit oder eine Furcht vor Maßregeln der Streikenden kann jedoch durchaus auch bei einem wilden Streik vorliegen und ist dann bei der Prüfung der Zumutbarkeit zu berücksichtigen. Der Grundsatz aber, daß die Leistung unzumutbarer Arbeit verweigert werden kann, hilft bei der Frage des streikbedingten Lohnrisikos nicht weiter.

Der Gedanke der Solidarität rechtfertigt also unter keinem Gesichtspunkt einen Lohnverlust Arbeitswilliger. Nicht berücksichtigt ist allerdings bislang, daß die Arbeitnehmersolidarität auch bemüht wird zur Begründung des Rechts von Außenseitern, sich einem gewerkschaftlichen Streik anzuschließen, bzw. des Rechts des Arbeitgebers, auch Außenseiter auszusperrern⁴, und bei der Rechtfertigung von Sympathiearbeitskämpfen⁵. Hierbei handelt es sich um auf den ersten Blick durchaus vergleichbare Fallkonstellationen. So kann etwa durch eine Aussperrung auch ein Außenseiter, der sich bisher nicht am Arbeitskampf beteiligt hat, in diesen verwickelt und mit dessen Folgen belastet werden. Nichts anderes soll ja bei der Betriebsrisikolehre der Fall sein. Inwieweit hieraus Schlüsse auf die Rechtslage bei

1 BAG AP Nr.3 (Bl.3) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 BAG AP Nr.3 (Bl.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

3 BAG AP Nr.41 (Bl.3) zu Art.9 GG Arbeitskampf

4 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.931 ff

5 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1009 Fn.35; Löwisch RdA 1962, 315

streikbedingten Betriebsstörungen gezogen werden müssen, soll jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt, welcher schlagwortartig als "Repräsentation" zu bezeichnen ist, geprüft werden. Es steht hierbei nämlich nicht die Zurechnung von Handlungen Streikender, sondern von Handlungen der streikführenden Gewerkschaft im Vordergrund¹.

4 Repräsentation der Arbeitnehmer durch die streikführende Gewerkschaft

In den letzten Jahren ist zur Entscheidung über das Lohnrisiko bei Arbeitskämpfen ein neuer Gesichtspunkt in die Diskussion eingebracht worden, indem von einer Repräsentation aller Arbeitnehmer durch die Gewerkschaft gesprochen wird. Diese Repräsentation solle bei streikbedingten Betriebsstörungen einen Lohnverlust rechtfertigen².

a Begriff der Repräsentation

Es wird hier, ähnlich wie mit dem Schlagwort von der Solidarität der Arbeitnehmerschaft, ein Begriff in der juristischen Argumentation verwendet, der zumindest nicht in erster Linie ein Rechtsbegriff ist, sondern der aus Soziologie und Politik stammt und für den es keinen gesetzlich klar umrissenen Inhalt gibt.

Allgemeine Begriffsbestimmung ist, daß Repräsentation dann vorliegt, wenn etwas Nichtanwesendes "präsent" gemacht wird³.

1 Siehe unten, S.142 ff

2 Müller DB 1957, 718; Ramm RdA 1968, 46

3 Leibholz, Das Wesen der Repräsentation (1929), S.26; Wörterbuch der Soziologie, Hg. Berndorf, 2.Aufl. (1969), S.893; C. Schmitt, Verfassungslehre (1928), S.209; Kaiser, Staatslexikon, Hg. Görresgesellschaft, 6.Aufl., Bd.VI (1961), Sp.865; Glum, Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung, Hg. Rausch (1968), S.105; Wiedemann RdA 1969, 327

Von Seiten der Soziologie wird im Zusammenhang mit der Stellung der Gewerkschaften gesprochen von einer faktischen Repräsentanz, die sich allein aus der Wahrnehmung objektiv konstatierter Interessen der Repräsentierten ergebe, ohne daß deren direkte und kontrollierte Zustimmung erforderlich sei¹. Dieser ausschließlich tatsächliche Verhaltensweisen umschreibende Begriff vermag jedoch eine Zurechnung des Arbeitskampfverhaltens der Gewerkschaften gegenüber den von ihr "faktisch Repräsentierten" nicht zu begründen, da der Nachweis eines entsprechenden Rechtssatzes gar nicht versucht wird und da vielmehr ausdrücklich dieser Begriff auch dort verwendet werden soll, wo er keinerlei rechtliche Grundlage hat².

Ebensowenig hilft im vorliegenden Zusammenhang der politische Repräsentationsbegriff, wie er sich bei C. Schmitt und Leibholz findet³, weiter. Repräsentation wird danach verstanden als elitäre Verkörperung des Volkes in seinem Parlament. Als entscheidend wird angesehen, daß Repräsentierte und Repräsentant sich in einer Sphäre höherer Werte befinden. Repräsentation bezeichnet danach keine juristische Zurechnung, vielmehr soll dieser Begriff das liberale Honoratiorenparlament des klassischen Parlamentarismus charakterisieren im Gegensatz zu dem Parlament des plebiszitären Parteienstaates, in dem die Abgeordneten nicht unabhängige Repräsentanten des ganzen Volkes, sondern abhängige Mandatare ihrer Partei seien⁴.

1 Hirsch, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften (1966) S.125, 139; Kunze, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Hg. Duvernell (1968), S.108

2 Kunze aaO., S.109

3 C. Schmitt, Verfassungslehre (1928), S.208 ff; Leibholz, Das Wesen der Repräsentation (1929), S.32

4 Vgl. Bonner Kommentar-Badura, GG, Zweitbearbeitung (1966), Art.38 Anm.24 ff; Wiedemann RdA 1969, 327 f; Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht (1972), S.16

Schließlich wird Repräsentation auf politischem Gebiet auch rein formal-egalitär verstanden als ein Verhältnis, kraft dessen der Wille einer Person unmittelbar als der Wille anderer Personen aufgefaßt werden kann, also als eine Art Kunstgriff, welcher etwa die rein tatsächlich meist unmögliche Versammlung aller Staatsbürger an einem Ort doch ermöglichen solle¹.

Dieses letzte Verständnis der Repräsentation kommt der Bedeutung des Begriffs im juristischen Sinne recht nahe. Versteht man doch auch hier unter Repräsentation ein Verhalten, kraft dessen das Handeln einer Person einer anderen zugerechnet werden kann. Hierbei ist charakteristisch, daß die Substanz der Rechte, bezüglich derer eine Repräsentation stattfindet, auf den Repräsentanten übergeht. Da dieser also die Rechte als eigene ausübt, steht er "in der vom Boten zum Vertreter laufenden Linie" auf der "unabhängigsten, höchsten Sprosse"².

Wie Bote, Vertreter oder Organ erhält jedoch auch der Repräsentant seinen "Auftrag" erst durch einen normativen Zurechnungstatbestand. Genauso wie das Auftreten als Vertreter noch keine Vertretungsmacht gewährt, rechtfertigt ein bloßes Verhalten als Repräsentant noch keine Zurechnung. Repräsentation bezeichnet also keinen Zurechnungsgrund, sondern einen Legitimationsmodus³. Wenn es also heißt, daß eine Gewerkschaft bestimmte Arbeitnehmer "repräsentiere", so setzt dies voraus, daß ein - weiterer - Rechtssatz existiert, der eine Zurechnung ausspricht, der also einen Zurechnungsgrund abgibt.

1 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., (1922), S.566, Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5.Aufl. (1972), S.171, 25; vgl. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2.Aufl. (1966), S.235

2 Wiedemann RdA 1969, 328

3 Wiedemann RdA 1969, 328

Für die vorliegende Frage bedeutet dies, daß nicht einfach gefragt werden darf, ob allgemein eine Repräsentation der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaft besteht, sondern daß nach einem Rechtssatz zu suchen ist, der eine Haftung der Arbeitswilligen für die Gewerkschaft anordnet. Wenn man nämlich aus einzelnen Rechtssätzen allgemein eine Repräsentationsfunktion der Gewerkschaften entnimmt, so kann man, wenn ausschließlich mit dem schillernden Begriff Repräsentation weiteroperiert wird und wenn somit seine gesetzlichen Grundlagen außer acht bleiben, Vorverständnisse einfließen lassen und scheinbar logisch zwingend beliebige Schlüsse ziehen. Ein Beispiel hierfür findet sich in dem Streit um die Differenzierungsklauseln. Aus der Repräsentationsfunktion der Gewerkschaft wurde hierbei sowohl die Zulässigkeit¹ als auch die Unzulässigkeit² derartiger Klauseln hergeleitet.

Die Fragestellung ändert sich nicht, wenn man - anstatt von einer Repräsentationsfunktion der Gewerkschaft zu sprechen - diese als "Berufsorgane" bezeichnet³. Auch aus diesem Begriff allein kann man für den Fall arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen keine Schlüsse ziehen, wenn man nicht auf die zugrunde liegenden Rechtssätze abstellt, denn auch der Begriff "Berufsorgan" schafft keine andernfalls fehlende Legitimation, sondern setzt sie im Gegenteil voraus⁴.

Der Begriff "Repräsentation" findet sich im juristischen Wortgebrauch auch in anderem Zusammenhang, d.h. nicht auf Gewerkschaften bezogen. So muß sich im Rahmen des Versicherungsvertrages der Versicherungsnehmer das Handeln seines

1 Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (1966), S.46 f

2 Zöllner, Tarifliche Differenzierungsklauseln (1967), S.49 ff

3 So Wiedemann RdA 1969, 328 ff

4 Vgl. Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tariftmacht (1972), S.17

Repräsentanten - darunter wird verstanden, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist¹ - zurechnen lassen. Schließlich wird im Betriebsverfassungsrecht überwiegend davon gesprochen, daß der Betriebsrat die Arbeitnehmer repräsentiere². Es wird sogar erwogen, ob die Repräsentanteneigenschaft des Betriebsrats nicht dazu führt, daß ein auf Anregung des Betriebsrats vom Arbeitgeber angeordneter Arbeitsausfall Lohnansprüche Arbeitswilliger untergehen läßt, weil es sich um ein der Arbeitnehmersphäre entstammendes Arbeitshindernis handle³.

b Folgerungen aus den einzelnen Gewerkschaftsbefugnissen

aa Mitwirkungsrechte

Von staatlicher Seite ist den Gewerkschaften eine Vielzahl von Anhörungs-, Mitwirkungs- und Entsendungsrechten eingeräumt worden⁴. Man könnte versucht sein, aus einer Gesamtanalogie zu diesen einzelnen Vorschriften eine Zurechnung des Streikverhaltens der Gewerkschaften gegenüber allen Arbeitnehmern herzuleiten, da ja in all diesen Fällen die Gewerkschaften für alle Arbeitnehmer auftreten.

1 RGZ 135, 371; BGHZ 24, 385 f; Prölss-Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 18.Aufl. (1970), § 6 Anm.8 B

2 Gester, Die betriebliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat (1959), S.127 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2, S.1091 f; Fitting-Auf-farth-Kaiser, BetrVG, 11.Aufl. (1974), § 1 Anm.32; Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl. (1973), § 1 Anm.5, 19; a.A. etwa Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht (1960), S.232 ff

3 BAG AP Nr.14 (B1.3 R) zu § 56 BetrVG

4 Vgl. Drewes, Die Gewerkschaften in der Verwaltungsordnung (1958), S.30 ff

Eine Analogie scheitert jedoch an folgendem: In keinem dieser Fälle hat die Gewerkschaftshandlung eine unmittelbare Folge gegenüber den Arbeitnehmern, vielmehr bleiben die unter Mitwirkung der Gewerkschaften zustande gekommenen Entscheidungen stets Akte, die allein dem Staat zuzurechnen sind¹. Im Gegensatz hierzu geht es bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen um die unmittelbare Haftung für Gewerkschaftshandlungen, die zwar unter bestimmten Voraussetzungen vom Staat als rechtmäßig anerkannt werden, nicht aber dem Staat zuzurechnen sind.

bb Tarifvertragsrecht

Auch im Tarifvertragsrecht gibt es Beispiele, daß Handlungen der Gewerkschaften über den Kreis ihrer Mitglieder hinaus für alle Arbeitnehmer Folgen zeitigen. So werden als Fälle der Repräsentation aller Arbeitnehmer durch eine Gewerkschaft etwa § 3 Abs.2, § 5 TVG genannt².

Hier bietet sich eine Analogie zum Fall der Zurechnung bei streikbedingten Betriebsstörungen an: Wenn sich Handlungen der Gewerkschaft im Tarifvertragsrecht u.U. zum Vor- oder Nachteil aller Arbeitnehmer auswirken können, so könnte dies im Arbeitskampfrecht eine Zurechnung von Gewerkschaftshandlungen rechtfertigen, da ja der Arbeitskampf nur des Tarifvertrags wegen rechtlich gewährleistet wird, es sich also um verwandte, voneinander abhängige Materien handelt. Andererseits muß der beschränkte Wirkungsbereich etwa des § 3 Abs.2 TVG berücksichtigt werden. Danach werden nur Arbeitnehmer erfaßt, die in Betrieben tarifgebundener Arbeitgeber beschäftigt sind. Zum anderen ist ja nicht gesagt, daß der

1 Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S.163;
Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht (1972), S.14

2 Vgl. etwa Ramm RdA 1968, 416

umkämpfte Tarifvertrag Normen im Sinne des § 3 Abs.2 TVG aufweist; eine Zurechnung auch in einem solchen Fall wäre aber wohl nicht mit § 3 Abs.2 TVG zu begründen.

Dies mag jedoch dahinstehen, da dem Arbeitskampfrecht selbst Rückschlüsse in Bezug auf die Zurechnung von Gewerkschaftshandlungen zu entnehmen sind und diese Rückschlüsse - insoweit besteht eine Diskrepanz zwischen den beiden Rechtsgebieten¹ - weitergehen als die Folgerungen aus dem Tarifvertragsrecht.

cc Arbeitskampfrecht

Im Arbeitskampfrecht sind es zwei Fälle, bei denen Handlungen der Gewerkschaften auf die Rechtsstellung aller Arbeitnehmer Einfluß nehmen. Einmal können sich einem rechtmäßigen gewerkschaftlichen Streikaufruf alle Arbeitnehmer anschließen, ohne einen Vertragsbruch oder eine unerlaubte Handlung zu begehen. Diese seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1955² gesicherte Erkenntnis ist heute als Gewohnheitsrecht anzusehen. Mit diesem Recht der Arbeitnehmer korreliert das "Streikmonopol" der Gewerkschaften, d.h. nur diese können rechtmäßige Arbeitskämpfe durchführen³.

Wenn man die Möglichkeit der Streikbeteiligung aller Arbeitnehmer noch als ausschließlich vorteilhaft für die Rechtsstellung der Arbeitnehmer ansehen kann, da diese ja nicht

¹ Vgl. auch Wiedemann RdA 1969, 326

² BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf; ferner BAG AP Nr.43 (Bl.8) zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.13 (Bl.9 R) zu Art.9 GG; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.931 ff; Kraft RdA 1968, 292; a.A. nur van Gelder-Leinemann AuR 1970, 1 ff

³ BAG AP Nr.32 (Bl.9 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1006 f

gezwungen sind, sich dem Streik anzuschließen, so gilt dies für den zweiten Fall nicht: Es hat nämlich ein Arbeitgeber beim Arbeitskampf mit einer Gewerkschaft das Recht, alle Arbeitnehmer seines Betriebes auszusperr¹.

Die entscheidende Frage ist nun, ob die eben geschilderten Sachverhalte mit den Fällen arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen so weitgehend vergleichbar sind, daß eine Übertragung der dargestellten Regeln zu einer Zurechnung des Gewerkschaftsverhaltens im Rahmen der Betriebsrisikolehre und damit zum Lohnverlust der Arbeitswilligen führt.

Der gewerkschaftliche Streikbeschluß hat für die von ihm erfaßten Arbeitsverhältnisse die Wirkung, daß der Arbeitnehmer sich rechtmäßig dem Streik anschließen kann, womit dann seine Vertragspflichten suspendiert werden, d.h. der einzelne Arbeitnehmer kann sich im Rahmen seines Vertrages auf die Handlung der Gewerkschaft berufen. Diese entfaltet also unmittelbare Auswirkungen im Einzelarbeitsvertrag. Andererseits kann der Arbeitnehmer bei einem gegen die Gewerkschaft geführten Arbeitskampf ausgesperrt werden, ebenfalls mit der Folge der Suspendierung oder sogar der Aufhebung seines Arbeitsvertragsverhältnisses. Der Arbeitgeber darf ihn also, auch wenn er arbeitswillig ist, als Kampfgegner behandeln. Das gewerkschaftliche Kampfverhalten wird ihm im Rahmen seines Arbeitsvertrages also gleichsam als eigene Kampfhandlung entgegengehalten.

Dies rechtfertigt es, daß auch bei streikbedingten Betriebsstörungen der Arbeitgeber den arbeitswilligen Arbeitnehmern das gewerkschaftliche Streikverhalten zurechnen darf. Er darf

1 BAG AP Nr.3 (Bl.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; AP Nr. 13 (Bl.9 R) zu Art.9 GG; AP Nr.43 (Bl.8) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.945 Fn.43 1, 1006; a.A. nur van Gelder-Leinemann BlfStSozVersuArbR 1970, 255

ihn also so behandeln, als habe der Arbeitswillige selbst den Arbeitsausfall verursacht.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß eine Lohnverweigerung mit Hinweis auf die Betriebsrisikogrundsätze durchaus den Charakter einer Kampfhandlung haben kann, einer Kampfhandlung, die gegenüber der Aussperrung sogar noch den Vorteil bietet, daß der betroffene Arbeitnehmer weiter an den Betrieb gebunden bleibt und nicht wie bei einer suspendierenden Aussperrung das Recht zur "Abkehr" besitzt¹. Der Nachteil, der für den Arbeitgeber in einer kampfwisen Berufung auf die Betriebsrisikolehre liegt, daß nämlich eine Betriebsstillegung vorliegen muß, während eine Aussperrung diese Einschränkung nicht kennt, wird wesentlich geringer, wenn man diese Voraussetzung - wie es teilweise geschieht² - auf eine bloße Unzumutbarkeit der Annahme der Arbeitsleistung reduziert. Auch diese Überlegung rechtfertigt es, einen Lohnverlust bei streikbedingten Betriebsstörungen in dem Umfang eintreten zu lassen, in dem gegen die Arbeitswilligen auch eine Aussperrung ausgesprochen werden könnte.

In diesem Zusammenhang findet sich der Einwand, es sei nicht einzusehen, daß das "Repräsentationsverhältnis" in dem Moment, wo der Streik den Drittbetrieb stilllegt, sich ändern solle³. Dies geht fehl, da sich nicht die Art der Zurechnung des Gewerkschaftshandelns ändert; vielmehr tritt in diesem Moment eine weitere, bis dahin fehlende Voraussetzung des Lohnverlustes, nämlich die Stilllegung des Betriebes, hinzu.

Aus dem Recht aller Arbeitnehmer, sich einem gewerkschaftlichen Streikaufruf ohne Verletzung von Vertragspflichten oder deliktischen Handlungen anzuschließen, und aus dem Recht der Arbeitgeber, bei einem Arbeitskampf mit einer Gewerkschaft

1 Vgl. BAG AP Nr.43 (Bl.9) zu Art.9 GG Arbeitskampf

2 Vgl. BAG AP Nr.4 (Bl.1) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Kiel AP Nr.8 (Bl.2) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

3 Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.91 ff

alle Arbeitnehmer ihrer Betriebe auszusperrern, ergibt sich, daß - soweit diese Rechte gehen - auch arbeitswilligen Arbeitnehmern bei Betriebsstörungen das Handeln der Gewerkschaften mit der Folge des Lohnverlustes zuzurechnen ist. Dieser Gedanke findet sich als Hilfserwägung bereits in einer einschlägigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts angedeutet¹. Dort heißt es, der Lohnverlust rechtfertige sich auch deswegen, weil das gleiche Ergebnis vielfach durch eine Aussperrung erreicht werden könnte.

Wenn man dieses Ergebnis als einen Fall der "Repräsentation" der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaft bezeichnen will, so ist dagegen nichts einzuwenden, da ja die allgemeine Definition dieses Begriffs (Vergegenwärtigung von etwas Abwesendem) hier zutrifft. Nur darf man dabei die beschränkte rechtliche Grundlage dieser "Repräsentationsfunktion" nicht aus den Augen verlieren, wenn man hieraus etwa Folgerungen auf anderen Gebieten ableiten will.

c Die Reichweite des Lohnverlusts

Einem gewerkschaftlich geführten Streik können sich Arbeitnehmer innerhalb des jeweiligen Kampfgebiets, d.h. des Gebiets des umstrittenen Tarifvertrags, anschließen. Ebenso können innerhalb des betroffenen Tarifvertragsgebietes arbeitswillige ausgesperrt werden. Bei einer durch einen gewerkschaftlichen Streik hervorgerufenen Betriebsstillegung verlieren also die Arbeitswilligen ihren Lohnanspruch, wenn sie sich im Gebiet des umstrittenen Tarifvertrags befinden.

Das "Kampfgebiet" ist hierbei nicht rein räumlich zu definieren. Es umfaßt vielmehr alle Arbeitnehmer, die sich in Betrieben im örtlichen und fachlichen Geltungsbereich des durch

1 BAG AP Nr.3 (B1.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

den Arbeitskampf erstrebten Tarifvertrags befinden. Verlangt also beispielsweise eine Gewerkschaft den Abschluß eines Firmentarifvertrags, so beschränkt sich das Kampfgebiet auf den oder die Betriebe dieses Unternehmens. Wenn nunmehr etwa der Arbeitgeberverband, dem der bestreikte Arbeitgeber angehört, zur Abwendung eines Firmentarifs und um einen Verbandstarif zu erzwingen, seinerseits Arbeitskampfmaßnahmen einleitet, so erweitert sich das Kampfgebiet entsprechend.

Nun soll nach überwiegender Ansicht¹ der Lohnverlust in einem weit größeren Umfang eintreten. Dies läßt sich nach der hier vertretenen Ansicht nur rechtfertigen, wenn auch Arbeitnehmer außerhalb des Kampfgebiets sich durch (Sympathie-)Streik an dem Primärarbeitskampf beteiligen, bzw. durch (Sympathie-)Aussperrung in diesen einbezogen werden können.

Inwieweit Sympathiearbeitskämpfe zulässig sind, ist umstritten. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage bisher ausdrücklich offen gelassen². Im Gegensatz hierzu erkennen Instanzgerichte³ - ebenso früher das Reichsgericht⁴ - in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der Literaturstimmen⁵ den Sympathiearbeitskampf als rechtmäßig an. Dabei finden sich teilweise weitgehende Einschränkungen: So soll der Sympathiearbeitskampf nur zulässig sein, wenn die Sympathisanten zumindest ein mittelbares Interesse am Ausgang des Primärarbeitskampfs haben⁶

1 Siehe oben, S.53 Fn.1

2 BAG AP Nr.34 (Bl.4) zu Art.9 GG Arbeitskampf

3 LAG Frankfurt/M. RdA 1953, 197; ArbG Wuppertal AP Nr.20 (Bl.3) zu Art.9 GG Arbeitskampf

4 RGZ 54, 259; vgl. RAG ARS 12, 317

5 Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl. (1954), 323; Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen (1954), S.16 f; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl. Bd.II (1959), S.88; Isele JuS 1964, 42; Stadtler BB 1967, 719 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1009 Fn.35

6 Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche, Diss. (1956), S.106; Bulla, Festschrift Molitor (1962), S.299; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.60 f; Müller AuR 1972, 8

oder wenn der vom Sympathiearbeitskampf betroffene Kampfgegner die Möglichkeit der Einflußnahme auf den Primärarbeitskampf hat¹.

In neuerer Zeit findet sich jedoch auch die Ansicht, daß jeder Sympathiearbeitskampf unzulässig sei². Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich, wenn man bei der Prüfung der Zulässigkeit von Sympathiearbeitskämpfen die Maßstäbe zugrunde legt, an denen im Anschluß an Nipperdey³ gewöhnliche Arbeitskämpfe zu messen sind.

Wenn sich der Arbeitskampf gegen den sozialen Gegenspieler zu richten hat und dieser potentiell in der Lage sein muß, die umkämpfte Forderung zu erfüllen⁴, so ist dies beim Sympathiearbeitskampf nicht der Fall, da etwa der vom Sympathiestreik betroffene Arbeitgeber nicht die Forderungen des Hauptarbeitskampfs erfüllen kann; Betroffener und Adressat sind also nicht identisch⁵. Dieses Ergebnis läßt sich auch nicht dadurch vermeiden, daß man als Kampfforderung des Sympathiearbeitskampfs ansieht, daß der primär Betroffene auf seinen im Hauptarbeitskampf befindlichen Sozialpartnerkollegen einwirken soll zwecks Bewilligung der im Hauptkampf erhobenen Forderungen⁶. Dann wäre nämlich, wenn ein

1 Löwisch RdA 1962, 315; Löwisch-Krauß AR-Blattei, Arbeitskampf 111, Aussperrung B II 1 c aa (V); Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. (1964), S. 62; Haupt, Erscheinungsformen, Rechtsnatur und Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, Diss. (1966), 144, 157; Hartje, Der Sympathiearbeitskampf, Begriff und Zulässigkeit, Diss. (1971), S. 326 ff

2 Rütters BB 1964, 312 ff; AuR 1967, 131; Brox-Rütters, Arbeitskampfrecht (1965), S. 127, 136, 144, 149; Ballerstedt AuR 1966, 235; Jülicher DB 1973, 723

3 Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2 (1970), S. 1004 ff

4 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2 (1970), S. 1009

5 Rütters BB 1964, 311

6 So aber Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2 (1970), S. 1009

derartiger Einwirkungsversuch unternommen worden ist, die Forderung des Sympathiearbeitskampfs erfüllt und dessen Fortsetzung mit Sicherheit unzulässig. Daß diese Konsequenz nicht gezogen wird und daß sich die den Sympathiearbeitskampf Führenden auch wohl kaum mit einem Einwirkungsversuch zufrieden geben würden, zeigt, daß es in Wirklichkeit auch beim Sympathiearbeitskampf um die Erfüllung der Forderung des Hauptkampfs geht. Auch die Annahme einer Solidarität zwischen Betroffenen und Adressaten¹ kann nicht überspielen, daß sich der Kampf nicht gegen den richtigen Gegner richtet. Das gleiche gilt für den Versuch, eine Einwirkungsmöglichkeit des Betroffenen auf den Adressaten zu konstruieren² bzw. davon zu sprechen, daß das dem Adressaten Abverlangte auch für den Betroffenen von Bedeutung sei³. Diese drei Gesichtspunkte sind nicht geeignet, Sozialpartnerkollegen, die an dem Hauptarbeitskampf nicht beteiligt sind, mit ihren kämpfenden Kollegen rechtlich zu einer Einheit zusammenzuschließen⁴.

Da Ziel des Sympathiearbeitskampfs der vom Hauptarbeitskampf erstrebte Tarifvertragsabschluß ist, dies vom Betroffenen des Sympathiearbeitskampfs aber nicht durch Tarifvertrag gewährt werden kann, verstößt der Sympathiearbeitskampf auch gegen den Grundsatz, daß das Ziel des Arbeitskampfs tariflich regelbar sein muß⁵.

Der Sympathiearbeitskampf verträgt sich schließlich nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieses bereits in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Arbeitskämpfen⁶ ent-

1 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd. II/2 (1970), S.1009 Fn.35; Löwisch RdA 1962, 315

2 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.II (1963), S.644 f; Löwisch RdA 1962, 315

3 Bulla, Festschrift Molitor (1962), S.297

4 Siehe oben, S.124 ff, 117 ff, 119 ff

5 Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.136

6 Vgl. RG ARS 7, 572 f

haltene und vom Bundesarbeitsgericht jüngst bekräftigte¹ Kriterium verbietet es, mit einem Sympathiearbeitskampf dem Kampfgegner schwere wirtschaftliche Verluste bis hin zur Vernichtung seiner Existenz zuzufügen, obwohl dieser am Hauptkampf nicht beteiligt ist².

Da der Sympathiearbeitskampf also nach den für einen Hauptarbeitskampf geltenden Pegeln stets unzulässig ist und andererseits kein Grund ersichtlich ist, ihn von diesen Beschränkungen zu entbinden und damit die Möglichkeit zu eröffnen, beispielsweise einen lokalen Arbeitskampf legal auf das gesamte Bundesgebiet und verschiedene Wirtschaftszweige, also u.U. zu einem totalen Wirtschaftskampf, auszudehnen, ist ein Sympathiearbeitskampf nicht zulässig. Für die Lohnzahlung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen bedeutet dies, daß sich ein Lohnverlust Arbeitswilliger nur innerhalb des jeweiligen Kampfgebiets rechtfertigen läßt.

d Verhältnis zur negativen Koalitionsfreiheit

Wenn im Zusammenhang mit der Begründung des Lohnverlusts bei streikbedingten Betriebsstörungen von einer "Repräsentation" aller Arbeitnehmer im Kampfgebiet durch die kampfführende Gewerkschaft gesprochen werden kann, so liegt es nahe, hierin einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter zu sehen. Dieser Gedanke, daß nämlich eine Gleichbehandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtorganisierten bei streikbedingten Betriebsstörungen im Rahmen der Betriebsrisikolehre unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit bedenklich sein könnte, findet sich zuerst bei Siebert³.

1 BAG AP Nr.43 (Bl.6 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf

2 Rüthers BB 1964, 314; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.149

3 Siebert RdA 1959, 170

Die negative Koalitionsfreiheit ist verfassungsrechtlich durch Art.9 Abs.3 GG verbürgt¹. Dem steht nicht entgegen, daß die Entwicklung zur Anerkennung der Koalitionsfreiheit gekennzeichnet war vom Streben nach positiver Koalitionsfreiheit, da ja die negative Vereinigungsfreiheit erst nach einer staatlichen Anerkennung der positiven bedroht sein kann². Auch beruhte bei den Arbeiten am Grundgesetz die Streichung eines Zusatzes, welcher eine ausdrückliche Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit hatte enthalten sollen, nicht auf einer Ablehnung eines solchen Satzes, sondern es sollte damit lediglich eine unelastisch große Einengung der positiven Koalitionsfreiheit und eine Bevorzugung der Nichtorganisierten verhindert werden³. Für eine Ansiedlung auch der negativen Koalitionsfreiheit in Art.9 Abs.3 GG spricht schließlich, daß positive und negative Koalitionsfreiheit nicht voneinander zu trennen sind.

Die negative Koalitionsfreiheit umfaßt nun zwei Aspekte: Einmal soll sie unmittelbar vor einer unfreiwilligen Mitgliedschaft bewahren, zum andern schützt sie die Außenseiter vor der wichtigsten Folge einer solchen Mitgliedschaft, also davor, von der Tätigkeit der Koalition erfaßt zu werden⁴.

1 BVerfGE 20, 321 f; BAG AP Nr.13 (Bl.18 ff) zu Art.9 GG; Bonner Kommentar-v. Münch., GG, Zweitbearbeitung (1966), Art.9 Anm.140; a.A. (Schutz nur durch Art.2 GG) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/1 (1967), S.156 f

2 Buchner, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, Diss. (1964), S.47; Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht (1972), S.42; vgl. BAG AP Nr.13 (Bl.19 R) zu Art.9 GG

3 BAG AP Nr.13 (Bl.19) zu Art.9 GG; Buchner aaO., S.47; Wagenitz aaO., S.43

4 Zöllner RdA 1962, 458; Buchner aaO., S.55 ff; Wiedemann RdA 1969, 330; Wagenitz aaO., S.44 f

Einen Beitrittszwang stellt es nun nicht dar, wenn Außenseiter als Folge eines gewerkschaftlichen Streiks ihren Lohn verlieren. Auch wenn die organisierten Arbeitnehmer möglicherweise in dieser Situation Streikunterstützung beziehen, so stellt diese Leistung der Gewerkschaft, die ja nur eine Art Gegenleistung für die Beiträge ist, keinen unzulässigen Beitrittszwang dar. Es kann der Gewerkschaft nicht vorgeworfen werden, wenn sie durch eigene Leistungen - hier liegt der Unterschied zur einschlägigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts¹, wo es sich um Leistungen des Arbeitgebers handelte - eine Mitgliedschaft attraktiv erscheinen läßt.

Der Außenseiter wird jedoch, wenn er wegen eines gewerkschaftlichen Streiks seinen Lohn verliert, von Koalitionstätigkeit erfaßt. Nun ist nicht jede Auswirkung von Handlungen einer Koalition auf die Stellung von Nichtorganisierten ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit. Diese Freiheit des einzelnen steht vielmehr in einem Spannungsverhältnis zum Grundrecht der Koalitionen, die ihrerseits durch Art.9 Abs.3 GG bei der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschützt sind². Der Schutz dieser Koalitionsaufgaben kann es sinnvoll oder notwendig erscheinen lassen, auch Nichtorganisierte in gewissem Umfang Auswirkungen von Gewerkschaftshandlungen auszusetzen. Dies ist etwa dadurch geschehen, daß auch Nichtorganisierte sich einem gewerkschaftlichen Streik anschließen können - andernfalls wären Streiks in Wirtschaftszweigen mit niedrigem Organisationsgrad kaum möglich - und daß bei einer gegen eine Gewerkschaft gerichteten Aussperrung von dieser auch Außenseiter erfaßt werden können. Wenn dies im Interesse eines funktionsfähigen Arbeitskampfsystems zugelassen wird, so verstößt auch ein Lohnverlust von arbeitswilligen Außen-

1 BAG AP Nr.13 zu Art.9 GG

2 BVerfGE 4, 101 f; 17, 333; 18, 26; 28, 305

seitern bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen, da dies ja gerade aus den Rechtssätzen über die Kampfbeteiligung der Außenseiter abgeleitet wird, nicht gegen Art.9 Abs.3 GG.

III Der Gesichtspunkt der Kampfparität

1 Verwendung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1923¹ wurde häufig zur Lösung der Frage nach der Lohnzahlung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen der Gedanke der Kampfparität herangezogen. Es geschah dies in der Form, daß auf die "unmöglichen Zustände" hingewiesen wurde, welche einträten, wenn der Arbeitgeber etwa bei einem Teilstreik einer kleinen Gruppe von Arbeitnehmern zur Bezahlung der Arbeitswilligen verpflichtet wäre². Eine ausführliche Begründung findet sich schon 1931 bei Robel³, der auch bereits den Gedanken der Neutralität des Staates im Arbeitskampf bemüht. Der Ausdruck "Kampfparität" wird erst seit der Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahre 1955⁴ in diesem Zusammenhang verwendet.

Übliche Begründung ist heute, daß es gegen das Prinzip der Kampfparität verstoßen würde, wenn die Gewerkschaften einen "billigen" und deshalb besonders wirkungsvollen Streik etwa durch eine Beschränkung auf Versorgungsbetriebe führen könnten⁵. Daneben verneint in solchen Fällen eine Mindermeinung

1 RGZ 106, 272; vgl. bereits Titze JW 1922, 550

2 RGZ 106, 276

3 Robel, Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, Diss. (1931), S.65 ff; vgl. oben, S.19 ff

4 BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf

5 Vgl. BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 Betriebsrisiko

eine Verletzung der Kampfparität wegen der Möglichkeit des betroffenen Arbeitgebers, eine (Sympathie-)Aussperrung vorzunehmen¹. Teilweise wird auch der Grundsatz der Kampfparität überhaupt als zur Lösung dieser Frage ungeeignet angesehen². Auf der anderen Seite gehen die Vertreter des sog. Risikoverteilungsprinzips über die herrschende Auffassung hinaus, wenn sie u.a. aus dem Gebot der Kampfparität einen Lohnverlust mittelbar betroffener Arbeitnehmer auch bei Aussperrungen herleiten³.

2 Rechtsgrundlage und Auswirkungen auf den Lohnanspruch

Hergeleitet wird das Prinzip der Kampfparität herkömmlicherweise aus Art.9 Abs.3 GG, aus einem Prinzip der staatlichen Neutralität im Arbeitskampf und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art.3 GG⁴.

a Art.9 Abs.3 GG

Art.9 Abs.3 GG gewährleistet als verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie den rechtmäßigen Arbeitskampf. Dies ergibt sich aus dem in Art.9 Abs.3 S.1 GG enthaltenen kollektiven

1 Vgl. Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampf betroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.123 ff

2 Ballerstedt AuR 1966, 233

3 Siehe unten, S.159 ff

4 BAC AP Nr.1 (Bl.8 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Boldt, Das Arbeitsrecht der Gemeinschaft, Bd.V (1961), S.102; Nipperdey DB 1963, 1613; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.45; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.928

Daseins- und Betätigungsrecht der Koalitionen¹ und folgt zum anderen aus Art.9 Abs.3 S.3 GG². Ein Paritätsgedanke liegt hierin insoweit, als eine Ungleichbehandlung der Parteien verfassungswidrig ist, wenn sie den Wesensgehalt des in Art.9 Abs.3 GG geschützten Arbeitskampfs verletzt. Hierzu zählt der antagonistische Charakter des Arbeitskampfs³. Dieser ginge dann verloren, wenn einem Kampfpartner keine Befugnisse gegenüber dem Druck der Gegenseite zur Verfügung ständen, wenn also der Arbeitskampf kein Regelungsmittel für sonst unlösbare Tarifkonflikte mehr wäre, sondern zum einseitigen Unterwerfungsmittel würde⁴. Gemäß Art.9 Abs.3 GG muß also gewährleistet sein, daß der Arbeitskampf ein Instrument zur Erzielung potentiell "gerechter" Tarifabschlüsse ist, was er aber nicht ist, wenn eine Partei den Kampfmaßnahmen des Gegners wehrlos ausgeliefert ist⁵. Andererseits verletzt nicht schon jede Ungleichbehandlung der Koalitionen durch den Staat den Art.9 Abs.3 GG.

Bei der Prüfung der Lohnzahlungspflicht an diesen Maßstäben ist zu differenzieren. Soweit es sich um Arbeitswillige im bestreikten Betrieb oder überhaupt im Kampfgebiet handelt, kann der Arbeitgeber bereits nach dem bisher Gesagten⁶ bei

1 Rüthers, Streik und Verfassung (1960), S.76 f; Jura 1970, 92; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.41 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.927

2 Rüthers Jura 1970, 93

3 Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes (1968), S.54 ff; Rüthers Jura 1970, 93

4 Rüthers Jura 1970, 94

5 Galperin BB 1965, 97; Zöllner-Seiter ZfA 1970, 154 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.929; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. (1972), S.122

6 Siehe oben, S.144 f

Betriebsstörungen eine Lohnzahlung verweigern, zum anderen besteht für den Arbeitgeber in diesem Fall die Möglichkeit einer Abwehraussperrung. Mit Rücksicht auf diese Verteidigungsmöglichkeiten ist der betroffene Arbeitgeber dem Streik nicht ohne Gegenwehr ausgesetzt, eine Verletzung der Kampfparität liegt also insoweit nicht vor.

Anders ist es, wenn die mittelbaren Streikfolgen bei Betrieben außerhalb des Kampfgebietes auftreten. In diesem Fall ist nach der hier vertretenen Auffassung weder eine Sympathieaussperrung zulässig¹ noch ein Lohnverlust im Rahmen der Betriebsrisikolehre gerechtfertigt².

Fraglich ist aber bereits, ob die Verluste bzw. Vorteile von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die nicht am Arbeitskampf beteiligt sind und auch dem Kampfgebiet nicht in dem Sinne angehören, daß sie selbst in den Kampf eingreifen oder in diesen hineingezogen werden können, überhaupt einen Einfluß auf die Kampfparität bei dem betreffenden Arbeitskampf haben. Von den Vertretern der Ansicht, daß in diesem Fall die Kampfparität einen Lohnverlust gebiete, wird dies stillschweigend bejaht. So spricht etwa das Bundesarbeitsgericht von einer Störung der Kampfparität, wenn "Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen werden könnten, für die sie nur aufgrund von Maßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhalten"³. Wenn sich das Bundesarbeitsgericht hierbei auf die grundlegende Entscheidung des Großen Senats⁴ beruft, so nimmt es - ohne hierauf einzugehen - eine Extrapolation gegenüber diesem Beschluß vor. Dort ist nämlich der Grundsatz der Kampfparität nur zur Begründung des Rechts auf u.U.

1 Siehe oben, S.146 ff

2 Siehe oben, S.149

3 LAG AP Nr.2 (El.2 R) zu § 415 BGB Betriebsrisiko

4 LAG AP Nr.1 (El.7 R, 8 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf

lösende Aussperrung, also ausschließlich innerhalb des Kampfgebietes, angewendet worden. Da aber die Arbeitnehmer außerhalb des Kampfgebietes weder mit den kampfbeteiligten Arbeitnehmern rechtlich eine solidarische Einheit bilden¹ noch die kampfführende Gewerkschaft alle anderen Arbeitnehmer "repräsentiert"² - entsprechendes gilt für die Arbeitgeber -, haben die Auswirkungen des Arbeitskampfes auf nichtbeteiligte Sozialpartnerkollegen bei der Prüfung, ob eine Verletzung der Kampfparität vorliegt, außer Betracht zu bleiben. Wenn nämlich kein rechtliches Band zwischen bestreikten Arbeitgebern und den Arbeitgebern außerhalb des Kampfgebietes besteht, so sind Belastungen der letzteren den bestreikten Arbeitgebern rechtlich nicht näher als beispielsweise den Streikenden. Eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeber außerhalb des Kampfgebiets kann daher nicht das in Art.9 Abs.3 GG enthaltene Paritätsgebot verletzen.

Auch wenn man diesen Standpunkt nicht teilen sollte, verlangt der Grundsatz der Kampfparität, soweit er in Art.9 Abs.3 GG enthalten ist, keinen Lohnverlust in Drittbetrieben. Es erscheint sogar bedenklich, Arbeitswilligen außerhalb des Kampfgebietes den Lohn zu entziehen als Sanktion dafür, daß eine Gewerkschaft versucht hat, durch einen "billigen" Streik übergroßen Druck auszuüben, und sie so das Funktionieren der grundgesetzlich garantierten Arbeitskampfordnung gefährdet hat. Staatliche Eingriffe zur Abwehr dieser Bedrohung dürfen sich nur an den wenden, von dem die Störung ausgeht, also an die betreffende Gewerkschaft und die Streikenden. Beispielsweise könnten derartige Streiks für rechtswidrig erklärt werden. Ein staatliches Vorgehen gegen die unbeteiligten Arbeitnehmer in den Drittbetrieben, nämlich durch Versagung ihres Lohnanspruchs, wäre dagegen rechtsstaatlich nicht einwandfrei³.

1 Siehe oben, S.127 ff

2 Siehe oben, S.136 ff, insbes. 145 ff

3 Vgl. allgemein BVerfGE 17, 318

Zum anderen wäre es, machte man ernst mit der These, daß negative Auswirkungen auf Arbeitgeber außerhalb des Kampfgebietes die Kampfpärität verletzen können, nicht allein damit getan, den mittelbar betroffenen Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht zu entbinden. Diesen können daneben ja noch weitere Schäden, wie Produktionsausfall und Haftung aus Lieferverträgen, treffen. Auch derartige Schäden könnten eine so verstandene Kampfpärität verletzen.

Ferner müßte man, wenn man der Meinung ist, daß auch Beeinträchtigungen von Sozialpartnerkollegen, die nicht zum Kampfgebiet gehören, die Kampffreiheit der Kämpfenden päritätswidrig einschränken können, auch prüfen, ob nicht etwa ein Lohnverlust in Drittbetrieben die Kampfpärität zuungunsten der Streikenden verletzt. Arbeitnehmer in Versorgungsbetrieben und Zulieferindustrien könnten nämlich dann durch eine mögliche Rücksichtnahme auf die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer an Streiks überhaupt gehindert werden.

Schließlich zeigt ein Blick auf ausländische Arbeitskämpfordnungen, daß Arbeitskämpfe durchaus ihre Fähigkeit zur Regelung von Tarifstreitigkeiten behalten, auch wenn in Drittbetrieben der Lohn grundsätzlich weiterzuzahlen ist. So entfällt etwa nach französischem¹ und belgischem² Recht eine Lohnzahlungspflicht nur, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, daß die Betriebsstillegung einen Fall von höherer Gewalt darstellt; eine bloße streikbedingte Unmöglichkeit der Arbeitsleistung genügt also nicht.

1 Durand, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V (1961), S.211; Mühlen, Die Schädigung von Drittbetrieben im Arbeitskampf, Diss. (1967), S.79 ff

2 Horion, Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Bd.V (1961), S.179

b Art.3 GG

Häufig wird das Paritätsgebot auch auf den Gleichheitssatz des Art.3 GG gestützt¹. Diese Verfassungsnorm verbietet die willkürliche Ungleichbehandlung vor im wesentlichen gleichen Sachverhalten².

Bei der Anordnung einer Lohnzahlungspflicht in streikbetroffenen Betrieben außerhalb des Kampfgebiets könnte eine Ungleichheit nur darin liegen, daß das Kampfmittel der Arbeitnehmer schlagkräftiger gemacht würde als das der Arbeitgeber, wenn der Streik nicht nur die Arbeitgeber in den bestreikten Betrieben treffen, sondern auch Arbeitgebern in Drittbetrieben Nachteile zufügen könnte. Es stellt jedoch keine den Art.3 GG verletzende Willkür dar, wenn der Streik zu einem wirksameren Mittel als die Aussperrung gemacht wird³. Angesichts der historischen Entwicklung, daß nämlich die Möglichkeit des Streiks erst die im Verhältnis zum Arbeitgeber schwächere Stellung des einzelnen Arbeitnehmers ausgeglichen hat, und mit Rücksicht auf die geringe praktische Bedeutung von Angriffsaussperrungen ist eine gesetzgeberische Privilegierung des Streiks nicht absolut sachunangemessen.

c Der Grundsatz der staatlichen Neutralität

Vom Bundesarbeitsgericht wird schließlich auch der Grundsatz der staatlichen Neutralität im Arbeitskampf zur Begründung der Kampfparität herangezogen⁴.

1 BAG AP Nr.1 (B1.8 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Nipperdey DB 1963, 1613; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.45; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.928

2 BVerfGE 1, 276; 9, 146; 9, 206; 11, 287; 12, 348

3 Vgl. allgemein Rüthers JurA 1970, 100

4 BAG AP Nr.1 (B1.8 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf

Ein derartiger Grundsatz läßt sich nicht im Wege einer Gesamtanalogie den in diesem Zusammenhang erwähnten Vorschriften §§ 25 KSchG, 116 AFG entnehmen. Diese Normen lassen nur erkennen, daß der Staat sich unmittelbarer Einwirkungen auf konkrete Arbeitskämpfe enthalten will, sagen aber nichts darüber aus, welche Wirkungen ein Streik auf die Lohnzahlung in einem Drittbetrieb hat¹. Zum anderen liegen diesen Vorschriften auch andere rechtspolitische Überlegungen zugrunde, wie etwa bei § 116 AFG die Aufbringung der Beiträge zu gleichen Teilen durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer².

Auch läßt sich der Grundsatz der Kampfparität nicht damit begründen, daß man die staatliche Neutralität als notwendigen Bestandteil einer freiheitlichen Arbeitsverfassung betrachtet. Kampfparität kann nicht Folge der Neutralität, sondern muß deren Voraussetzung sein, da sich der Staat nur bei einer tatsächlich funktionsfähigen sozialen Selbstverwaltung auf eine neutrale Rolle zurückziehen darf³. Etwas anderes vertrüge sich nicht mit der in Art. 20 GG festgesetzten staatlichen Verantwortung für die Sozialgestaltung⁴.

IV Das Risikoverteilungsprinzip

Nach dem in den letzten Jahren entwickelten Risikoverteilungsprinzip sollen die Arbeitnehmer bei jeder durch einen sozialadäquaten Arbeitskampf hervorgerufenen Betriebsstörung ihren Lohnanspruch verlieren⁵. Es soll nach dieser Ansicht weder eine Differenzierung stattfinden zwischen mittelbar und unmittelbar betroffenen Betrieben noch danach, ob Ursache der Störung ein Streik oder eine Aussperrung ist.

1 Vgl. Rütters JurA 1970, 101 f

2 Müllerer DB 1973, 721

3 Rütters JurA 1970, 102

4 Rönne-Rütters, Arbeitskampfrecht (1965), S.43; Rütters JurA 1970, 102 An.54

5 Müllerer, S. 721

Wichtigste Überlegung ist, daß es keinen Unterschied machen dürfe, wer sich des Mittels Arbeitskampf im Einzelfall bediene, da der Arbeitskampf als Element jeder dem Marktprinzip verpflichteten Wirtschaftsordnung einheitliches Anliegen aller Beteiligten sei. Jede Seite müsse daher die ihr wesensgemäßen Opfer hinnehmen; wesensgemäßes Opfer der Arbeitnehmer sei, wie eine Risikoanalyse ergebe, der Lohnverlust¹.

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Einmal ist nicht einzusehen, wieso bezüglich der Lohnzahlung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen nicht zwischen Streik und Aussperrung differenziert werden kann. Auch wenn der Arbeitskampf als einheitliches Anliegen beider Parteien zu betrachten ist, wird doch auch in anderen Fällen klar zwischen Streik und Aussperrung getrennt.

Ferner läßt sich keine Begründung finden für die Schlußfolgerung, daß aus der staatlichen Anerkennung von Arbeitskämpfen als gemeinsamem Anliegen der Sozialpartner folge, daß jede Partei das sie treffende Opfer zu tragen habe. Wenn der Staat Arbeitskämpfe zuläßt, mag sich für ihn die Verpflichtung ergeben, auch deren weitere Folgen zu regeln. Damit ist aber nicht gesagt, wie diese Regelung aussehen muß. Wenn in diesem Zusammenhang versucht wird, Näheres dem Grundsatz der Kampfparität zu entnehmen², so bestehen hiergegen die bereits früher erhobenen Einwände³.

Bedenken bestehen auch gegen die von Mayer-Maly und Nipperdey⁴ vorgenommene Analyse der Risiken des Arbeitgebers im

1 Gift RdA 1960, 172; Löwisch DB 1963, 900; RdA 1967, 45; Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965), S.37 ff; Ehmann DB 1973, 1997

2 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.38; Löwisch DB 1963, 900; RdA 1967, 47

3 Siehe oben, S.152 ff

4 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.38 ff

Arbeitskampf. Wenn Einkommensverlust durch Produktionsstillstand, Andauern der Generalunkosten, Verlust von Geschäftsbeziehungen und Haftung aus Lieferverträgen erwähnt werden, so ist dagegen nichts einzuwenden. Wenn aber aus der bloßen Möglichkeit solcher Schäden gefolgert wird, daß es als "gerecht gelten" dürfe¹, daß die Arbeitnehmer auch ein Risiko, nämlich den sicheren Verlust ihrer Lohnansprüche, zu tragen hätten, so wäre dazu eine Überprüfung zu verlangen, inwieweit sich die Arbeitgeberrisiken regelmäßig realisieren². Da dies nicht geschieht, besteht die Gefahr, diese Risiken zu überzeichnen. Dies zeigt sich etwa daran, daß der als Arbeitgeberisiko bezeichnete Fall der Schadensersatzhaftung aus arbeitskampfgestörten Lieferverträgen in den letzten fünfzig Jahren nicht Gegenstand einer veröffentlichten Gerichtsentscheidung gewesen ist³. Eine derartige Haftung wird zum anderen in den meisten der in Deutschland üblichen Lieferbedingungen ausgeschlossen⁴.

Ein weiterer Einwand ergibt sich daraus, daß von den Opfern einer jeden Partei gesprochen wird. Es wird damit stillschweigend vorausgesetzt, daß alle Arbeitgeber oder Arbeitnehmer jeweils als einheitlicher Kampfgegner betrachtet werden können. Dies ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht nur sehr begrenzt zulässig⁵.

Dem § 49 BetrVG 1952 wurde teilweise entnommen, daß der einzelne Betrieb nichts mit Arbeitskämpfen zu tun haben dürfe und daß aus diesem Grund Arbeitskämpffolgen in mittelbar und unmittelbar betroffenen Betrieben nicht unterschiedlich sein dürfen⁶. Dies ist schwer verständlich, da § 49 BetrVG 1952 bzw. § 74 Abs.2 BetrVG 1972 nur einen Arbeitskampf zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ausschließen, nicht aber verhindern will, daß etwa ein Arbeitskampf nur in einem Betrieb geführt wird. Eigenartig ist in diesem

1 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.40

2 Weiss AuR 1974, 46

3 Vgl. Löwisch AcP 174 (1974), 224 ff

4 Vgl. Löwisch AcP 174 (1974), 208 ff. Zum Teil wird - inkonsequenterweise auch von Anhängern des Risikoverteilungsprinzips - die Ansicht vertreten, daß eine solche Haftung von Rechts wegen auch ohne Freizeichnung nicht bestehe, vgl. oben, S.113 Fn.3

5 Siehe oben, S.142 f

6 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.31

Zusammenhang auch, daß die Argumentation nur darauf abzielt, die Rechtsfolgen, die innerhalb des Betriebes gelten sollen, auch auf Drittbetriebe zu übertragen. Das Ergebnis der herkömmlichen Betriebsrisikolehre wird dabei teilweise stillschweigend vorausgesetzt.

Der verschiedentlich anzutreffende Hinweis auf § 323 BGB¹ überzeugt nicht. Auch wenn der Verlust der beiderseitigen Leistungen dem klassischen Dogma für Unmöglichkeitssfälle entsprechen mag, so gilt doch gerade im Arbeitsvertragsrecht eine Ausnahme bei Betriebsstörungen. Deshalb führt es auch nicht weiter, den Arbeitskampf als "Eingriff von hoher Hand" anzusehen², da dies herkömmlicherweise als Betriebsrisikofall mit der Folge einer Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers betrachtet wird.

Auch dem selbstgestellten Anspruch, eine gut überschaubare, völlig klare Rechtslage zu schaffen³, wird das Risikoverteilungsprinzip nicht gerecht. Es vermeidet zwar Abgrenzungsprobleme, die auftreten können, wenn sowohl ein Streik als auch eine Aussperrung als Ursache der Betriebsstörung in Frage kommen⁴. Durch die Beschränkung auf sozialadäquate Arbeitskämpfe und die daraus resultierende Unklarheit, welche Rechtsfolgen bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen gelten sollen⁵, wird jedoch ein neuer Unsicherheitsfaktor geschaffen. Wenn man bedenkt, wie leicht und u.U. für die Beteiligten schwer erkennbar ein Arbeitskampf sozialinadäquat sein kann, so wird deutlich, daß das Risikoverteilungsprinzip auch unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität nicht zu überzeugen vermag.

1 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.41

2 Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf, Referat (1965), S.9

3 Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.13, 43

4 Vgl. etwa das Beispiel von Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.6 f

5 Gift RdA 1960, 172; Mayer-Maly-Nipperdey aaO., S.9;
Löwisch RdA 1967, 50; Ehmann DB 1973, 2000 Fn.120

Das Risikoverteilungsprinzip weist also keinen gangbaren Weg zur Lösung der Frage nach dem Lohnanspruch Arbeitswilliger bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen.

V Betriebsrisikolehre und § 116 AFG

§ 116 AFG, welcher die Zahlung von Arbeitslosengeld bei Arbeitskämpfen regelt, ist bereits bei den Erörterungen zur Kampfparität erwähnt worden¹. Um die Auslegung des § 116 Abs.3 AFG ist ein Streit entbrannt², der jedoch wesentlich an Bedeutung verliert, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht den Lohnverlust bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen auf das Kampfgebiet beschränkt und damit den Anwendungsbereich, den die herkömmliche Betriebsrisikolehre dem § 116 Abs.3 AFG zukommen läßt, stark verkleinert.

Aus § 116 Abs.3 AFG könnten aber Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht erwachsen, falls nämlich diese Vorschrift eine mittelbare gesetzliche Fixierung der überkommenen Betriebsrisikolehre darstellen sollte.

Dies ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil etwa § 116 AFG Fälle einer Nichtbeschäftigung nach Betriebsrisikogrundsätzen gar nicht erfasse. Einmal würde das Problem damit nur vom Arbeitslosengeld auf das Gebiet des Kurzarbeitergeldes (§§ 63 ff; 116 AFG) verlagert. Zum anderen sind auch Arbeitnehmer, die bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen unbezahlt bleiben, arbeitslos im Sinne der

1 Siehe oben, S.159

2 Vgl. Löwisch-Krauß RdA 1972, 73 ff; Muhr RdA 1973, 9 ff; Radke RdA 1973, 14 ff; Löwisch RdA 1973, 22 ff; Jülicher DB 1973, 720 ff, 770 ff.

§§ 100 ff AFG. Die neuerdings vertretene Gegenmeinung¹ verneint unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 15.12.1971² eine Arbeitslosigkeit der streikenden oder ausgesperrten Arbeitnehmer, da deren sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis durch den Arbeitskampf nicht unterbrochen werde, und leitet hieraus ab, daß bei Arbeitnehmern, die nach Betriebsrisikogrundsätzen keinen Lohn erhielten, erst recht keine Arbeitslosigkeit vorliege. Dies trifft aber nicht zu. Einmal sind bereits die kampfbeteiligten Arbeitnehmer arbeitslos im Sinne der §§ 100 ff AFG, da andernfalls § 116 Abs.2 AFG gar kein Anwendungsgebiet hätte und es sogar zu dem befremdlichen Ergebnis kommen könnte, daß u.U. an Streikende Kurzarbeitergeld zu zahlen wäre, da ja § 70 AFG auf § 116 Abs.2 AFG nicht verweist³. Aber auch wenn man anerkennen sollte, daß § 116 Abs.2 AFG mit der Wandlung des Arbeitskampfrochts durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.4.71 obsolet geworden sei⁴, gilt dies auf keinen Fall für § 116 Abs.3 AFG. Hier ist seit jeher unumstritten, daß ein Arbeitsausfall durch arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Andernfalls könnte auch § 116 Abs.3 AFG seine ihm vom Gesetzgeber unmittelbar zugedachte Bedeutung, nämlich die Stellung der Bundesanstalt bei Arbeitskämpfen zu definieren⁵, nur mittelbar über die Verweisung des § 70 AFG entfalten. Schließlich ergibt sich aus

1 Sacker, Gruppenparität und Staatsneutralität (1974), S.57 ff; wohl zustimmend Richardi NJW 1975, 377; vgl. ferner Dräger-Buchwitz-Schönefelder, AVAVG (1961), § 84 Anm.13; ferner RVA RABL 1928 IV, 188

2 BSG AP Nr.46 zu Art.9 GG Arbeitskampf

3 Dem könnte zwar §§ 116, Abs.1, 70 AFG entgegenstehen. Angesichts der ausdrücklichen Nichtverweisung auf § 116 Abs.2 AFG durch § 70 AFG ist es aber fraglich, ob auf diesen allgemeinen Neutralitätsgrundsatz zurückgegriffen werden dürfte.

4 So Sacker, Gruppenparität und Staatsneutralität (1974), S.69

5 Vgl. den Bundestagsausschußbericht, zu Drucksache V/4110, S.20

§ 117 Abs.1, 4 AFG, daß Arbeitslosigkeit im Sinne der §§ 100 ff AFG auch bei einem Fortbestehen des Arbeitsvertrages vorliegen kann. Dies ist der Fall, wenn trotz bestehendem Arbeitsverhältnis kein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis existiert, weil der Arbeitgeber die Verfügungsgewalt über den Arbeitnehmer nicht länger beansprucht¹

Aus dem § 116 Abs.3 AFG, wenn man allein den Wortlaut betrachtet, ergibt sich nicht, wann bei mittelbaren Arbeitskampfwirkungen ein Lohnverlust eintritt, da diese Vorschrift einen Lohnverlust durch das Tatbestandsmerkmal "arbeitslos" gerade zur Voraussetzung hat. Auch der Hinweis, daß eine Lohnzahlung durch den Arbeitgeber "erst recht" nicht in Frage komme, wenn schon die Bundesanstalt aus Gründen der Neutralität kein Arbeitslosengeld zahlen dürfe², verfängt aus diesem Grunde nicht. Diese Ansicht übersieht ferner, daß für die Versagung der Lohn- und Arbeitslosengeldzahlung verschiedenartige Gesichtspunkte ausschlaggebend sind. So ist rechtspolitischer Grund des § 116 AFG neben einem staatlichen Bemühen um Neutralität auch die paritätische Aufbringung der Mittel durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer und das Interesse, das versicherte Risiko auf durch ungünstigen Konjunkturverlauf bedingte Arbeitslosigkeit zu beschränken³. Zumindest die beiden letzten Gesichtspunkte spielen bei der Entscheidung über die einzelvertragliche Lohnzahlungspflicht keinerlei Rolle.

Auch den veröffentlichten Gesetzesmaterialien läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber mit § 116 AFG etwa die Betriebsrisikolehre in der herkömmlich vertretenen Form gesetzlich festschreiben wollte. Wenn es Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, diese Frage, die von ihm als bedeutungsvolles arbeitsrechtliches Problem nicht geregelt worden ist, im Arbeitsförderungsgesetz gleichsam nebenbei zu beantworten, so hätte dies zumindest in den Materialien kenntlich gemacht werden müssen. Dies ist aber nicht geschehen; vielmehr wird

1 Schönefelder-Kranz-Wanka, AFG (1972), § 101 Anm.10; Hennig-Kühl-Heuer, AFG (1973), § 101 Anm.4

2 Ehmann DB 1973, 1950, 1999

3 Vgl. Jülicher DB 1973, 721

auch hier nur von "Arbeitnehmern, die durch mittelbare Auswirkungen von Streiks arbeitslos geworden sind", gesprochen. Jede Bezugnahme auf die Betriebsrisikolehre wird dabei vermieden¹.

§ 116 AFG steht der hier vertretenen Ansicht schließlich auch nicht deshalb entgegen, weil diese Vorschrift bei einer Beschränkung des Lohnverlusts auf das Kampfgebiet etwa ihres Sinns entkleidet würde. Dies ist nicht der Fall; für § 116 AFG verbleiben u.a. folgende Fälle:

Wenn ein Streik von Verkehrsbetrieben den Arbeitnehmer daran hindert, seinen Arbeitsplatz zu erreichen, so stehen ihm keine Lohnansprüche zu², vielmehr wird hier, zumindest wenn der mittelbar betroffene Arbeitnehmer nicht unter den fachlichen Geltungsbereich des umstrittenen Tarifvertrags fällt (vgl. §§ 2 - 4 der Neutralitäts-Anordnung vom 22.3.1973³), ein Anspruch auf Arbeitslosengeld in der Regel bestehen.

Weiterhin liegt ein Anwendungsfall für § 116 Abs.3 AFG, § 3 Neutralitäts-Anordnung dann vor, wenn der mittelbar betroffene Arbeitnehmer zwar zum Kampfgebiet gehört und daher auch nach der hier vertretenen Ansicht einen Lohnverlust erleidet, wenn aber der umstrittene Tarifvertrag für ihn nicht gilt oder auf ihn nicht angewendet wird. Dies ist dann der Fall, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht gewerkschaftlich organisiert ist und auch keine einzelvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag erfolgt ist.

Schließlich besteht eine Verpflichtung zur Zahlung von Arbeitslosengeld, wenn trotz bereits beendeter Streiks eine sofortige Arbeitsaufnahme nicht möglich ist. Arbeitnehmer im ursprünglichen Kampfgebiet haben dann keinen Lohnanspruch, während § 116 AFG einer Zahlung von Arbeitslosengeld in diesem Fall nicht entgegensteht.

1 Vgl. den Bundestagsausschußbericht, zu Drucksache V/4110, S.20

2 Siehe oben, S.115 f

3 Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1973, 365

Ein arbeitskampfbedingter Lohnverlust, der zu einer Zahlung von Arbeitslosengeld führen kann, liegt ferner vor, wenn beispielsweise einzelvertraglich - unter zulässiger Abbedingung der Betriebsrisikoregeln - ein Lohnverlust bei jeder arbeitskampfbedingten Betriebsstörung vereinbart ist.

Schließlich eröffnet sich dem § 116 AFG ein weites Anwendungsgebiet durch den § 117 Abs.4 AFG. Danach muß an Arbeitnehmer, die keine Lohnzahlung erhalten, obwohl ihnen diese zusteht - nach der hier vertretenen Ansicht ist dies bereits dann der Fall, wenn sich der mittelbar betroffene Arbeitnehmer nicht im Kampfgebiet befindet -, bei Nichtvorliegen der Ausschußgründe des § 116 AFG Arbeitslosengeld gezahlt werden. Der Lohnanspruch geht dann insoweit auf die Bundesanstalt über.

§ 116 AFG legt sich also nicht fest auf eine konkrete Lösung der Betriebsrisikofrage, sondern knüpft an die arbeitsrechtlichen Normen in der jeweiligen Form an¹. Wie wenig § 116 AFG auf einer bestimmten Ansicht zur Lohnzahlung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen beruht, zeigt § 116 Abs.3 AFG; wenn dort von mittelbarer Arbeitslosigkeit durch einen Arbeitskampf, d.h. auch durch eine Aussperrung, gesprochen wird, so ist ein derartig weiter Lohnverlust selbst nach der herkömmlichen Betriebsrisikolehre nicht denkbar².

B Lohnansprüche Arbeitswilliger bei rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streiks

Nicht anders als bei rechtmäßigen Streiks ist bei den Fernwirkungen rechtswidriger gewerkschaftlicher Streiks - in

1 So auch Säcker, Gruppenparität und Staatsneutralität (1974), S.5, 69; vgl. auch Ballerstedt AUR 1966, 233

2 Anders natürlich die Lehre vom Risikoverteilungsprinzip, vgl. oben, S. 66 ff, die sich folgerichtig auch auf § 116 AFG beruft, vgl. Mayer-Maly-ipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965), 34 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.946

der Literatur erfährt dieser Fall neben der Besprechung von rechtmäßigen und wilden Streiks keine gesonderte Behandlung - von den allgemeinen Betriebsrisikogrundsätzen auszugehen. Danach hat der Arbeitgeber, wenn nicht die §§ 324 f BGB vorgehen, grundsätzlich analog §§ 552, 645 BGB den Lohn zu zahlen, es sei denn, daß durch den Streik der Leistungsanteil des Arbeitnehmers betroffen ist oder der Arbeitnehmer selbst für die Störung ursächlich wurde¹.

Eine Zurechnung der Arbeitskampfhandlung aus den Gesichtspunkten der Beherrschbarkeit des Arbeitskampfes, der Breitenwirkung des Arbeitskampfergebnisses oder der Solidarität der Arbeitnehmer ist gerade beim rechtswidrigen Streik nicht möglich².

Bei den Erörterungen zur Lohnzahlung bei rechtmäßigen Streiks wurde festgestellt, daß eine Zurechnung des gewerkschaftlichen Kampfverhaltens im Rahmen der Betriebsrisikolehre nur daraus hergeleitet werden kann, daß Arbeitswillige sich einem gewerkschaftlichen Streikaufruf anschließen und bei einem gewerkschaftlichen Streik vom Arbeitgeber ausgesperrt werden können³. Entscheidend für einen Lohnverlust bei rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streiks ist daher, inwieweit Arbeitswillige bei einem solchen Streik bzw. bei dessen Abwehr in das Kampfgeschehen einbezogen werden können.

Einem rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streik können sich Arbeitnehmer nicht mit der Wirkung anschließen, daß sie durch ihre Arbeitsniederlegung keinen Arbeitsvertragsbruch begehen. Dies schließt jedoch eine Zurechnung von Gewerkschaftshandlungen bei rechtswidrigen Streiks im Rahmen der Betriebsrisikolehre nicht aus. Da ja die Zurechnung eines rechtswidrigen Verhaltens nicht rechtfertigen kann, ergibt sich aus der Unmöglichkeit eines rechtfertigenden Anschlusses an einen rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streik nicht, daß bei rechtswidrigen Gewerkschaftshandlungen keine Zurechnung stattfinden kann.

1 Siehe oben, S.115, 116

2 Siehe oben, S.117 ff, 119 ff, 124 ff

3 Siehe oben, S.143 ff

Abzustellen ist daher allein darauf, ob bzw. in welchem Umfang bei einem rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streik Arbeitswillige durch eine (Abwehr-)Aussperrung mit Folgen des Gewerkschaftshandelns belastet werden können. In Betracht kommt nur eine Aussperrung im Kampfgebiet. Eine darüber hinausgehende Sympathieaussperrung ist bei einem rechtmäßigen Streik nicht zulässig¹, und es ist kein Grund ersichtlich, wieso deren Zulässigkeit bei einem rechtswidrigen Streik anders zu beurteilen sein sollte.

Das Bundesarbeitsgericht² und - soweit Stellung bezogen wird - die Literatur³ - lassen hier eine Abwehraussperrung zu. Unzutreffend ist dabei jedoch die Begründung, daß kollektive Abwehrkämpfe, die in fairer Weise geführt würden, grundsätzlich alle Voraussetzungen der Sozialadäquanz erfüllten⁴. Bei einem reinen Abwehrkampf gegen einen rechtswidrigen Streik fehlt nämlich ein tariflich regelbares Ziel⁵. Dies läßt sich auch nicht durch einen Hinweis auf den Gedanken der Notwehr kompensieren⁶, da sich danach eine Abwehrmaßnahme nur gegen die rechtswidrig Angreifenden richten dürfte und nicht etwa

1 Siehe oben, S.146 ff

2 BAG AP Nr.24 (B1.2 R); Nr.43 (B1.10) zu Art.9 GG Arbeitskampf

3 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Bd.II (1957), S.654; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.II (1959), S.335; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.82; Bulla AR-Blattei, D Arbeitskampf II E III 1 b bb (9); Galperin, Festschrift Nipperdey, Bd.II (1965), S.214; Löwisch-Krauß AR-Blattei, Arbeitskampf III, Aussperrung B II 1 c aa (VI); Söllner, Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.101

4 Galperin, Festschrift Nipperdey, Bd.II (1965), S.214

5 Zu dieser Voraussetzung der Sozialadäquanz vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1005 ff

6 So aber Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.82

gegen Arbeitswillige¹. Ausschlaggebend ist folgende Überlegung:

Wenn der Arbeitskampf zugelassen wird als letztes Mittel zur Beilegung kollektiver Streitigkeiten, so wird damit auch die Abwehr eines Verlangens nach einer kollektiven Regelung, welches von einer Gewerkschaft mittels eines rechtswidrigen Streiks vorgetragen wird, gebilligt². Würde man dem Arbeitgeber diese Möglichkeit nicht zugestehen, so wäre er bei seiner Verteidigung ungerechtfertigt eingeschränkt. Er liefe Gefahr, bei einer Abwehraussperrung nur deshalb rechtswidrig zu handeln und sich möglicherweise schadensersatzpflichtig zu machen, weil der Streik, auf den er reagiert, rechtswidrig ist. Die Rechtmäßigkeit des Streiks kann für den Arbeitgeber schwer zu beurteilen sein; so kann etwa unklar sein, ob das erstrebte Ziel tariflich regelbar ist.

Aus dem Recht der Arbeitgeber, bei einem rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streik im Kampfgebiet auch Arbeitswillige auszusperrern, folgt, daß in diesem Umfang Lohnverluste Arbeitswilliger bei streikbedingten Betriebsstörungen eintreten.

Dieses Ergebnis erfährt durch den Gesichtspunkt der Kampfparität keine Änderung. Es gilt insoweit das zum rechtmäßigen Streik Gesagte³. Es kommt aber noch hinzu, daß von seiten des Staates hier bereits Maßnahmen gegen den Streik ergriffen worden sind, nämlich dadurch, daß der Streik für rechtswidrig erklärt worden ist. Auch das Risikoverteilungsprinzip bietet - bereits nach der Konzeption seiner Vertreter⁴ - keine Lösung für Betriebsstörungen, die auf einem rechtswidrigen Streik beruhen.

1 Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.152; vgl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd. II/2 (1970), S.1034 Fn.92

2 Löwisch-Krauß AR-Blatt, Arbeitskampf III, Aussperrung B II 1 c aa (VI)

3 Siehe oben, S.152 ff

4 Siehe oben, S.162

C Lohnansprüche Arbeitswilliger bei wilden Streiks

Bei Betriebsstörungen, die auf einem wilden, d.h. nicht von einer Gewerkschaft geführten und daher rechtswidrigen¹ Streik beruhen, wird überwiegend ein Lohnverlust der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer angenommen, während beachtliche Gegenstimmen den Lohnverlust auf Arbeitswillige im bestreikten Betrieb beschränken oder ihn ganz ablehnen².

Für die Lohnzahlung ist ausschlaggebend, inwieweit bei einem wilden Streik Arbeitswillige von Arbeitgeberseite in den Arbeitskampf einbezogen werden können³. Welchen Umfang eine Abwehraussperrung in diesem Fall annehmen darf, ist Gegenstand eines Meinungsstreits. Vor allem in der Rechtsprechung findet sich die Ansicht, es sei auch eine Abwehraussperrung von Arbeitswilligen möglich⁴. Sehr stark vertreten ist jedoch die Meinung, daß eine Abwehraussperrung hier unzulässig⁵ oder höchstens gegenüber den Streikenden möglich⁶ sei.

1 BAG AP Nr.3 (Bl.2 R) zu § 1 TVG Friedenspflicht; AP Nr.32 (Bl.8); Nr.33 (Bl.2 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.129 ff; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1005; a.A. Hueck RdA 1956, 205; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.II (1959), S.120

2 Vgl. oben, S.60 f

3 Siehe oben, S.142 ff

4 BAG AP Nr.6 (Bl.2) zu Art.9 GG Arbeitskampf; ferner Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.II (1959), S.335; Löwisch-Hartje RdA 1970, 331; Löwisch-Krauß AR-Blattei, Arbeitskampf III, Aussperrung B II 1 c (VI) (beschränkt auf den Fall des wilden Streiks um Gegenstände, die einer tarifvertraglichen Regelung offenstehen)

5 Isele JuS 1964, 44; Wiedemann RdA 1969, 334 Fn.120; Richardi RdA 1970, 70; Söllner, Arbeitsrecht, 4.Aufl. (1974), S.101

6 Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.152; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.II/2 (1970), S.1034 Fn.92

Eine Aussperrung von Arbeitswilligen wegen eines wilden Streiks ist unzulässig. Da der Arbeitgeber hierbei keinen Gegner hat, mit dem er zu einem "Friedensschluß" in Form einer tarifvertraglichen Vereinbarung kommen könnte, fehlt es stets am kollektivrechtlichen Kampfziel¹. Dies ist kein Widerspruch zu der oben vertretenen Ansicht², daß beim rechtswidrigen, aber gewerkschaftlich geführten Streik eine Aussperrung im Kampfgebiet zulässig ist. Im Gegensatz zum wilden Streik ist es bei einem gewerkschaftlich geführten Streik nämlich möglich, daß als Folge der Abwehraussperrung ein Tarifvertrag erzielt wird.

Dies widerlegt auch das vom Bundesarbeitsgericht für seine Ansicht angeführte Argument. Das Bundesarbeitsgericht meint, auch für den wilden Streik müßten bezüglich der Abwehraussperrung die Grundsätze gelten, die für den gewerkschaftlich geführten Arbeitskampf aufgestellt worden sind, da andernfalls der wilde Streik in nicht zu rechtfertigender Weise begünstigt würde³. Dabei wird jedoch übersehen, daß die Überlegung, die bei einem rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streik eine Aussperrung rechtfertigt, einer Übertragung auf den wilden Streik nicht zugänglich ist.

Auch die Erwägung, daß die wild Streikenden bei einem Streik um Ziele, die einer tarifvertraglichen Regelung offenstehen, in Konkurrenz zu den Gewerkschaften treten⁴, überzeugt nicht. Es erscheint unzulässig, kampfunbeteiligte Arbeitswillige "im Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gewerkschaft"⁵ auszusperrern. Konsequenz müßte dann etwa sein,

1 Isele JuS 1964, 44; Söllner, Arbeitsrecht, 4. Aufl. (1974), S. 101

2 Siehe oben, S. 169 f

3 BAG AP Nr. 6 (Bl. 2 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf

4 Vgl. Löwisch-Krauß AR-Blattei, Arbeitskampf III, Aussperrung B II 1 c (VI) (1); Löwisch-Hartje RdA 1970, 331

5 Löwisch-Hartje RdA 1970, 331

die Aussperrung zu untersagen, wenn - wie es wohl stets der Fall sein wird - die Funktionsfähigkeit der Gewerkschaft nicht gefährdet ist oder wenn die Gewerkschaft, da der Arbeitgeber ja in ihrem Interesse eingreifen würde, auf ein Einschreiten verzichtet.

Schließlich fordern auch nicht Gründe der Praktikabilität das Recht des Arbeitgebers, Abwehraussperrungen vorzunehmen, da stets feststehen wird, ob der Streik gewerkschaftlich geführt ist.

Da bei einem wilden Streik Arbeitswillige nicht mittels einer Abwehraussperrung mit den Folgen des Arbeitskampfes belastet werden können, können ihnen die Kampfhandlungen auch nicht in der Weise zugerechnet werden, daß sie bei einer Betriebsstörung ihren Lohnanspruch verlieren.

Gegen dieses Ergebnis wird eingewendet, daß bei einem wilden Streik "erst recht" ein Lohnverlust geboten sei, wenn dies schon bei einem gewerkschaftlichen Streik gelte¹. Dieses argumentum a majore ad minus ist jedoch unzutreffend. Ein derartiger, der Analogie verwandter Schluß setzt wie diese eine Gleichheit der ratio legis voraus². Dies aber liegt im Verhältnis zwischen einer Betriebsstörung bei gewerkschaftlichem Streik und einer bei einem wilden Streik im Hinblick auf die Lohnzahlungspflicht nicht vor. Da für die Frage der Lohnzahlung bei streikbedingten Betriebsstörungen der Gesichtspunkt entscheidend ist, inwieweit die Arbeitswilligen sich einem Streik anschließen bzw. von einer Abwehraussperrung erfaßt werden können und da hierbei wiederum gerade darauf abgestellt werden muß, ob eine Gewerkschaft den Arbeitskampf führt, kann von der Regelung bei gewerk-

1 Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.68; ähnlich BAG AP Nr.3 (Bl.3 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl. (1975), S.375, 377

schaftlichen Streiks kein Erst-recht-Schluß zu dem Fall des wilden Streiks führen.

Bei Betriebsstörungen, die auf einem wilden Streik beruhen, bleibt also grundsätzlich¹ ein Lohnanspruch Arbeitswilliger bestehen.

D Lohnansprüche bei aussperrungsbedingten Betriebsstörungen

Abgesehen von der Lehre vom Risikoverteilungsprinzip ist es einhellige Auffassung, daß bei Betriebsstörungen, die allein auf eine Aussperrung zurückgehen, die Lohnansprüche Arbeitswilliger fortbestehen². Unzutreffend ist es freilich, wenn zur Begründung pauschal darauf verwiesen wird, daß mit Rücksicht auf die Kampfparität die Arbeitgeber die unter ihnen bestehende Solidarität gegen sich gelten lassen müßten³.

Es muß vielmehr unterschieden werden:

Bewirkt eine Teilaussperrung einen Arbeitsausfall im ganzen Betrieb, so folgt der Lohnanspruch der Arbeitswilligen aus § 324 Abs.1 BGB, da dann der Arbeitgeber die Arbeitsleistung durch verantwortliches Handeln unmöglich gemacht hat⁴.

In allen anderen Fällen ergibt sich der Lohnanspruch grundsätzlich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 552, 645 BGB⁵. In Ermangelung eines den Arbeitswilligen zurechenbaren Verhaltens greift keine Ausnahme von der Lohnzahlungspflicht

1 Eine Ausnahme gilt natürlich für den Fall, daß der wilde Streik sich auf den Leistungsanteil des Arbeitnehmers auswirkt; hier tritt analog §§ 552, 645 BGB der Lohnverlust ein, ohne daß arbeitskampfrechtliche Überlegungen bemüht werden müßten, vgl. oben, S.115 f

2 Siehe oben, S.62, 66 ff

3 Vgl. BAG AP Nr.2 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

4 Siehe oben, S.83 f

5 Siehe oben, S.102 f

des Arbeitgebers ein. Es ist daher überflüssig, dem Arbeitgeber des mittelbar betroffenen Arbeitswilligen das Kampfverhalten seiner Sozialpartnerkollegen zuzurechnen.

Dies ist nur notwendig in dem Ausnahmefall, daß die Aussperrung den Leistungsanteil des Arbeitnehmers trifft und eine Lohnzahlungspflicht aus diesem Grunde nicht bestehen würde¹. Nur hier ist eine Zurechnung des Kampfverhaltens des aussperrenden Arbeitgebers gegenüber dem drittbetroffenen Arbeitgeber notwendig und möglich. Da dies in der gleichen Weise geschieht, wie die Zurechnung des Streikverhaltens gegenüber den Arbeitswilligen², beschränkt sich die Zurechnung und damit die Lohnzahlungspflicht auf das jeweilige Kampfgebiet.

Ungeklärt und umstritten - auch höchststrichterlich noch nicht entschieden - ist, welches die Rechtsfolge ist, wenn sowohl ein Streik als auch eine Aussperrung als Ursache der Betriebsstörung in Frage kommen, wie etwa bei einer Abwehraussperrung³.

Die Lösung eines Teils dieser Fälle ergibt sich bereits aus dem bisher Gesagten. Erfasst nämlich die Abwehraussperrung nur streikende Arbeitnehmer, so wird die Aussperrung nicht ursächlich für eine nachfolgende Betriebsstörung. Die Verursachung der Betriebsstörung durch den Arbeitskampf ist dann allein den Arbeitnehmern zuzurechnen mit der Folge, daß sie im Kampfgebiet ihren Lohnanspruch verlieren. Gleiches gilt in dem Fall, daß zwar die Abwehraussperrung über den Kreis der Streikenden hinausgreift, die Betriebsstörung aber in gleicher Weise auch allein durch den Streik entstanden wäre.

1 Siehe oben, S. 107 ff

2 Siehe oben, S. 142 ff

3 Siehe oben, S. 62 f

Offen bleibt somit nur der Fall, daß es ohne den Streik nicht zur Aussperrung, ohne die Aussperrung aber auch nicht zur Betriebsstörung gekommen wäre. Dann ist die Betriebsstörung regelmäßig auch vom Streik verursacht. Das auf freier Entschließung beruhende Verhalten eines Dritten, ja sogar des Geschädigten selbst, schließt nämlich den adäquaten Kausalzusammenhang dann nicht aus, wenn für diese Handlung ein rechtfertigender Anlaß bestand oder die Handlung "herausgefordert" wurde¹, wie es ja im Verhältnis Streik - Abwehraussperrung der Fall ist.

Unter Berufung auf ein sog. Veranlassungsprinzip wird nun teilweise abgelehnt, den Arbeitnehmern die Folgen der Aussperrung zuzurechnen, obwohl die Betriebsstörung adäquat-kausale Folge des Streiks ist². Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Der Hinweis darauf, daß andernfalls der Arbeitgeberseite die Verantwortung für die Folgen des Abwehrkampfes genommen würde und geradezu ein Anreiz zur unverhältnismäßigen Ausdehnung von Abwehrkämpfen geschaffen würde, ist nicht von Gewicht, wenn mit der hier vertretenen Ansicht ein Lohnverlust nur im Kampfgebiet eintreten kann. Unabhängig hiervon wäre es bedenklich, kampfunbeteiligte Arbeitgeber allein deshalb mit einer Lohnzahlungspflicht zu belasten, weil andere Arbeitgeber eine Abwehraussperrung möglicherweise unverhältnismäßig ausdehnen³.

Im Falle einer Abwehraussperrung wird also sowohl der Streik als auch die Aussperrung, da diese ja auf einem freien Entschluß des Arbeitgebers beruht⁴, für eine nachfolgende Betriebsstörung ursächlich. Es ist daher nicht möglich, dem Arbeitgeber des von der Betriebsstörung betroffenen Betriebs oder den dort beschäftigten Arbeitnehmern das auslösende

1 Vgl. BGHZ 24, 266; 57, 30; NJW 1971, 135

2 Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.271 f

3 Vgl. oben, S. 156

4 Dies läßt Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3.Aufl. (1964), S.120 ganz außer acht.

Arbeitskampfverhalten als eigenes zuzurechnen. Es bleibt daher in diesem Fall bei dem allgemeinen Grundsatz der Lohnzahlung bei Betriebsstörungen¹.

E Die Fälle des Wirtschaftsrisikos

Von Wirtschaftsrisiko spricht man, wenn die Arbeitsleistung zur Zeit ihrer Fälligkeit zwar - anders als in den Betriebsrisikofällen - technisch möglich gewesen wäre, der Arbeitgeber aber aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus nicht hat arbeiten lassen. Gerichtlich ist etwa der Fall entschieden worden, daß der einzige Abnehmer eines Betriebes bestreikt wird und daher auch dieser Betrieb seine Produktion einstellt². Jedoch sind die Wirtschaftsrisikofälle nicht auf Fälle des Absatzmangels beschränkt; so kann etwa der Streik in einem Zulieferbetrieb ein Vorprodukt verknapfen und so verteuern, daß von einer Weiterarbeit im mittelbar betroffenen Betrieb als unrentabel abgesehen wird.

Einigkeit besteht, daß in Wirtschaftsrisikofällen grundsätzlich Lohn zu zahlen ist³. Auch wurde herkömmlicherweise ein Lohnverlust bei streikbedingten Wirtschaftsrisikofällen gar nicht erwogen, da ein solcher auf den Fall beschränkt wurde, daß eine Weiterbeschäftigung unmöglich gewesen wäre⁴.

1 So im Ergebnis auch Eisenstein, Die Lohnansprüche Arbeitswilliger bei Streik und Aussperrung (1963), S.80; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.272; Ballerstedt AuR 1966, 232

2 ArbG Kassel DB 1972, 1121

3 BAG AP Nr.13 (Bl.2 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11.Aufl. (1958), § 615 Anm.70; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.348 f; vgl. aber Erman-Küchenhoff, BGB, 5.Aufl. (1972), § 615 Anm.17

4 Vgl. etwa Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.Aufl., Bd.I (1963), S.353; ausdrücklich gegen einen Lohnverlust bei streikbedingten Wirtschaftsrisikofällen Ballerstedt AuR 1966, 227 f

Jedoch ist mittlerweile die Ansicht, die bei streikbedingten Fällen des Wirtschaftsrisikos einen Lohnverlust eintrsten läßt¹, wohl als herrschend anzusprechen.

Gemeinsam ist den Betriebs- und Wirtschaftsrisikofällen, daß mit Rücksicht auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung Unmöglichkeit eintritt². Dies geschieht allein mit dem Verstreichen der vorgesehenen Leistungszeit ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grund die Arbeitsleistung unterbleibt. Die Ursache des Arbeitsausfalls ist jedoch für die Frage der Lohnzahlung von entscheidender Bedeutung: Da bei den Fällen des Wirtschaftsrisikos das Unterbleiben der Arbeitsleistung auf einer zwar u.U. von wirtschaftlichen Überlegungen gebotenen und durch den Streik beeinflussen, aber dennoch freien Entscheidung des Arbeitgebers beruht, hat er dies im Sinne des § 324 Abs.1 BGB zu vertreten. Er hat also den Lohn zu zahlen, da er die schuldnerische Leistung durch ein verantwortliches Handeln hat unmöglich werden lassen³. Dies gilt auch für den Extremfall, daß ein Betrieb ausschließlich für einen anderen, nunmehr bestreikten Betrieb Vorprodukte liefert. Selbst hier könnte der mittelbar betroffene Arbeitnehmer weiterproduzieren lassen, etwa zur Schaffung von Lagerbeständen oder zur Versorgung neu zu suchender Abnehmer. Auf jeden Fall ist es allein die Entscheidung des Arbeitgebers, die zur Betriebsstillegung führt.

Die für einen Lohnverlust bei streikbedingten Wirtschaftsrisikofällen angeführten Gründe zwingen nicht zu einer Änderung dieses Ergebnisses. Betriebs- und Wirtschaftsrisiko sind für den betroffenen Arbeitgeber eben nicht in bezug auf

1 ArbG Kassel DB 1972, 1122; Löwisch DB 1963, 899; RdA 1967, 50; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.268 f; Mühlen, Die Schädigung von Drittbetrieben im Arbeitskampf, Diss. (1966), S.76 ff; Ehmann DB 1973, 1999

2 Siehe oben, S.77 ff

3 Siehe oben, S.83 ff

Ursachen, wirtschaftliche Folgen und berechenbares Risiko völlig vergleichbar¹. Eine unrentable und deshalb möglicherweise sinnwidrige Produktion ist damit nicht bereits unmöglich. Ferner hat der Arbeitgeber, wenn bei einer Absatzstockung die Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden müssen, die Möglichkeit, auf Lager zu produzieren und damit für seine Lohnzahlung einen Gegenwert in Form der Arbeitsleistung zu erhalten. Sein Verlust besteht dann etwa in einem Zinsverlust durch die erhöhte Lagerhaltung, während bei Betriebsstörungen der Verlust darin besteht, daß Lohn zu zahlen ist, obwohl der Arbeitgeber gar nicht die Möglichkeit gehabt hat, hierfür eine Gegenleistung in Form von Arbeit zu erlangen².

Zwar mag eine ausnahmslose Lohnzahlungspflicht bei streikbedingtem Absatzmangel es in Sonderfällen der streikführenden Gewerkschaft ermöglichen, durch die Wahl eines wichtigen Abnehmerbetriebes auch Zulieferer zu treffen, die dann bei einer Produktionseinstellung zur Lohnzahlung verpflichtet wären³. Dies rechtfertigt jedoch nicht einen Lohnverlust in den betroffenen Zulieferbetrieben. Ein Lohnverlust käme ohnehin nach der hier vertretenen Ansicht nur innerhalb des Kampfgebietes in Betracht; in diesem Fall kann sich der indirekt angegriffene Arbeitgeber auch mit einer Abwehraussperrung zur Wehr setzen.

Eine Lohnzahlungspflicht gemäß § 324 Abs.1 BGB entfällt bei einer Betriebsstillegung, bei der eine Weiterarbeit zwar technisch möglich gewesen wäre, aus wirtschaftlichen Gründen aber unterblieben ist, nur dann, wenn einer Fortführung der Produktion streikbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten

1 So aber Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht (1965), S.268 f; Löwisch RdA 1967, 50

2 Vgl. Döhrenberg, Die Rechtsprechung zum Betriebsrisiko und ihre Bedeutung vom Standpunkt der Betriebswirtschaftslehre, Diss. (1949), S.71 f

3 So Ehmann DB 1973, 1999

entgegenstehen, die, wenn sie eine Leistungspflicht betreffen, zu einer Leistungsbefreiung unter dem Gesichtspunkt der "überobligationsmäßigen Schwierigkeit"¹ führten. Der Arbeitgeber hat dann die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nicht durch eine zurechenbare Handlung verursacht; ebenso scheidet in diesem Fall eine Lohnzahlung analog §§ 552, 645 BGB aus, wenn die wirtschaftlichen Schwierigkeiten auf einem gewerkschaftlich geführten Streik beruhen und sich der mittelbar betroffene Betrieb im Kampfgebiet befindet. Zu weit geht daher die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, daß ein Lohnverlust schon dann gerechtfertigt sei, wenn die Beschäftigung der Arbeitswilligen dem Arbeitgeber wegen streikbedingten Arbeitsmangels nicht "zumutbar" sei².

¹ Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl. (1958), § 46 I 2 S.201; Esser, Schuldrecht, 4. Aufl., Bd.I (1970), § 33 I 1 S.203

² BAG AP Nr.4 (Bl.1, 1 R) zu § 615 BGB Betriebsrisiko

Zusammenfassung

Wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung tritt bei Betriebsstörungen Unmöglichkeit ein. Eine entsprechende Anwendung der §§ 552, 645 BGB gewährt dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch, soweit er leistungsbereit gewesen ist, d.h. soweit die Störung den Leistungsanteil des Arbeitgebers betroffen hat. Eine Ausnahme gilt, wenn der betroffene Arbeitnehmer die Betriebsstörung selbst verursacht hat.

Bei Betriebsstörungen, die auf einem rechtmäßigen Streik beruhen, ist ein Lohnverlust Arbeitswilliger weder unter dem Gesichtspunkt der Beherrschbarkeit des Streiks, dem der Breitenwirkung eines erfolgreichen Streiks noch unter dem der Solidarität der Arbeitnehmerschaft gerechtfertigt. Ein Lohnverlust im Gebiet des umkämpften Tarifvertrags folgt daraus, daß insoweit auch die Arbeitswilligen kampfbeteiligt sind ("Repräsentation" durch die streikführende Gewerkschaft). Ein weitergehender Lohnverlust tritt nicht ein, da Sympathiearbeitskämpfe nicht zulässig sind. Auch das Gebot der Kampfparität, § 116 AFG oder das sog. Risikoverteilungsprinzip begründen keinen solchen Lohnverlust.

Das gleiche Ergebnis gilt bei rechtswidrigen gewerkschaftlichen Streiks.

Bei wilden Streiks erleiden Arbeitswillige keinen Lohnverlust.

Ebensowenig ist ein Lohnverlust gerechtfertigt, wenn die Betriebsstörung auf einer Angriffsaussperrung beruht oder wenn sowohl ein Streik als auch eine Abwehraussperrung die Betriebsstörung hervorgerufen haben.

Fälle des Wirtschaftsrisikos sind den Betriebsstörungen hinsichtlich der Lohnzahlung grundsätzlich nicht gleichzustellen.

Lebenslauf

Ich wurde am 22. Juli 1948 als erster von zwei Söhnen des Personalleiters Karl Nitsche und dessen Ehefrau Edith, geborene Riedel, in Wartenberg/Obb. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach fünfjährigem Volksschulbesuch in Langenpreising/Obb. besuchte ich ab Herbst 1959 die Oberrealschule Erding. 1960 wechselte ich an das Immanuel Kant-Gymnasium in Rüsselsheim über, an dem ich im Juni 1967 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz Rechtswissenschaft. Am 10. Juli 1972 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab.

Im September 1972 begann ich den Referendardienst in Mainz und setzte ihn nach einer einjährigen Beurlaubung ab April 1974 in München fort. Ich nehme an der zweiten juristischen Staatsprüfung 1975/II in Bayern teil.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 12. Februar 1976 ab.

